This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

[illegible]
EY
LVT
GL6.
v.1

ARNOLDI VINNII JC.

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM

IMPERIALIUM

COMMENTARIUS

ARNOLDI VINNII JC.
IN QUATUOR LIBROS
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
COMMENTARIUS
ACADEMICUS ET FORENSIS.

JO. GOTTL. HEINECCIUS JC.

RECENSUIT,

ET PRÆFATIONEM NOTULASQUE ADJECIT.

CUI JACOBI GOTHOFREDI J. C. HISTORIA, ET BIBLIOTHECA JURIS CIVILIS ROMANI PRÆPONITUR.

Accedit etiam ad calcem Edictum perpetuum SALVII JULIANI a Guilielmo Ranchino collectum.

EDITIO NOVISSIMA, CETERIS AUCTIOR, ET EMENDATIOR.

TOMUS PRIMUS.

NEAPOLI MDCCLXXII.
APUD DOMINICUM TERRES.

SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIO.

ILLUSTRISSIMIS AC POTENTISSIMIS

HOLLANDIÆ ET WEST-FRISIÆ ORDINIBUS,

PATRIÆ PATRIBUS,

ARNOLDUS VINNIUS L. M.

DEDICAT CONSECRATQUE.

QUO primum tempore Jus civile publice profiteri, atque in celeberrima Academia veſtra, Illuſtriſs. & potentiſſimi Domini, libros Inſtitutionum a Sacratiſſimo Principe Flavio Juſtiniano compoſitos interpretari cœpi, ſimul commentario aliquo eoſdem libros illuſtrare inſtitui, non opulento aut accurato, ſed qualiquali; utpote quem privato potiſſimum uſui deſtinabam: & inhærebat tum animo meo hæc opinio, libros iſtos non uſque adeo obſcuros eſſe, ut operoſæ alicujus explicationis lucem deſiderarent. Verum ubi ad rem aggreſſus ſum, & me accinxi, ſtatim ſenſi, majus quiddam eſſe, quod inceptabam, quam opinatus eram, neque tralatitia commentatione me poſſe defungi. Deceperat me auctoritas Jacobi Cujacii, clariſſimi ſuperioris ævi Juriſconſulti, qui in Obſervationibus ſuis de libris Juris noſtri diſſerens, illos Inſtitutionum tam planos & faciles ſibi videri pronunciat, ut vix ullo interprete, aut utique nulla longiore interpretatione indigeant: in tantum, ut non vereatur damnare, tanquam ignobile otium, quicquid laboris in iis paulo prolixius explicandis ab hominibus noſtri ordinis impenſum eſt. Ceterum experimento didici, longe aliter ſe rem habere, fallacemque interdum eſſe etiam præſtantiſſimorum virorum auctoritatem. Exiſtimo autem, Cujacium (ut de ſummi viri judicio nihil amplius in præſentia dicam) ex ſua potius facultate, quam ex vero rem æſtimaviſſe. Nam profecto, ſi ex veritate eam æſtimare volumus, nulla poteſt eſſe juris Juſtinianici pars, quæ interpretem magis deſideret, quam ea, in qua omnia prope nude tradita ſunt, & delibata duntaxat, non expoſita. Quantulum enim eſt, quod illic reperias, de quo non dubites, aut quod cognoſcere cupienti non ad quærendum & cognoſcendum relinquatur? Equidem ſcio, non eo magis noſtram hanc operam a vellicatione tutam fore. Rem toties nunc actam ago, & quidem poſt tot Roſcios, id eſt, poſt tot doctos interpretes, a quibus omnia, quæ ad hujus partis illuſtrationem afferri queant,

queant, jam pridem occupata, exhauſta & conſumpta eſſe dicentur: & jam nunc audire mihi videor hanc multorum vocem, Cui non dictus Hilas puer? *&c. Sed ego vitiligatorum iſtiuſmodi vanos morſus ſuſque deque habeo; & quidni liceat his reponere illud præſtantiſſimi Medicorum*, Πολλακις ἡρμοσθαι δοκουσαν αριστα λυραν, ετερος μουσικος ακριβως εφηρμοσατο; *Plane enim quod ad interpretes attinet, etiam prolixiores eorum, quos damnaret Cujacius, multa paſſim aut non tangunt omnino, aut curſim tranſmittunt, quorum tamen juſta explicatio ad rei, de qua agitur, naturam intelligendam prorſus neceſſaria eſt. Ad hæc mihi curioſe in omnia inquirenti non paucæ obortæ ſunt difficultates, ab aliis, quos quidem videre mihi contigit, non animadverſæ, aut minus feliciter expeditæ, aut conſulto præteritæ, quas omnes & removendas putavi, & pro meo captu removere conatus ſum: dumque ſingula ad vivum reſeco (ſunt autem ſexcenta hujuſmodi) in majorem etiam, quam ipſemet cogitaveram, molem hoc Opus excrevit; & eo quidem majorem, quo diligentius, pleniusque & planius, quam quiſquam antehac, cuncta tandem bona fide evolvi, excuſſi, & pertractavi. Accidit enim hic idem mihi, quod olim Eleuſinam viſentibus: nam ut illa ſemper aliquid ſervare ſolebat, quod reviſentibus oſtenderet; ita quotieſcunque ad horum librorum myſteria perſcrutanda acceſſi, ſemper aliquid obſervavi, quod nec ab aliis, nec a me ipſo viſum aut perceptum prius fuerat. Jam rumor nonnullus de hoc commentario noſtro perrepſerat, & hortari cœperant amici, atque inſiſtere, ut publici eum juris luciſque facerem, rati, fructum hujus laboris ad alios quoque pertinere, & in primis ad ſtudioſam Legum Juventutem. Itaque ut primum Pandectarum interpretatio mihi mandata fuit, de vulgando eo cogitare cœpi, & quo comitatior exiret, adjunxi etiam patriæ noſtræ jura propria, aliarumque regionum peculiaria inſtituta, & cetera quæ nunc paſſim uſu judiciorum certo recepta ſunt, ab illo ſcripto Romanorum jure longe diſcrepantia, qua quidem ex re non parum præſidii, coſtantiæque & judicii ſtatim capere poterunt, mox in foro atque inter cauſarum diſcrimina verſabuntur. Ita dum urceum inſtituo, currente rota exiit amphora, id eſt, pro exili & qualicunque commentario, accuratus & bene ſaginatus, pro ſimplici geminus, Academicus & Practicus ſive Forenſis: quorum in altero ceteros omnes elegantia & doctrinæ varietate ſuperare ſtudui, in altero ubertate utilitatis. In eo autem totus pene fui, ut excitata in legentibus veneratione antiquitatis, ſimul animis eorum inſtillarem deſiderium atque amorem ſapientiæ, juſtæque & ſolidæ cujuſdam eruditionis: quod vel unum ſi aſſecutus fuero, operæ curæque pretium ponam. Ceterum cum primum hunc ingenii noſtri partum in lucem emittere conſtituiſſem, ſimul futurum ſperavi, ut vos, Illuſtriſſimi & Potentiſſimi Domini, eum in veſtræ Amplitudinis tutelam ſuſcipere non gravaremini: atque idem nunc etiam futurum ſpero,*

vo-

votoque & cogitatione præſumo. In Accademia veſtra ſatus, fotus atque editus eſt, nec eſt adeo informis. Qui primi vultum ejus cominus contemplati ſunt, etiam neſcio quid de lepore ac venuſtate ejus ſubmurmurant; & quantum ex indole conjiciunt, commodis Juventutis natum ajunt, præſertim hoc ſæculo, quo queruntur, ſenſim nobis obrepere barbariem, poſtquam prima & rudis adhuc ætas, neſcio quo præpoſtero impulſu, ſtatim atque a trivialis ſcientiæ magiſtris dimiſſa eſt, in Juris civilis ſtudia cogitationes ſuas protrudere cæpit, nulloque aut rerum aut literarum inſtructa præſidio Juriſprudentiam, quæ ſcientiarum omnium maxima eſt, tanquam ſordidum aliquod artificium addiſcere. Ita dum vetus diſciplina turbatur, & calentibus turbatorum aris primum eſſe incipit, quod eſt maximum, una nunc vertigine Quiritem fieri, momentoque turbinis tot Damas exire Marcos. Sed hæc querimonia, quamvis juſta, non eſt hujus loci. Sane fætus hic noſter multis, iiſque magnis & non vulgari eruditione præditis Viris viſus eſt non indignus, quem pateremini ſub auſpicatiſſimo veſtri Nominis ſplendore in publicum prodire, atque in manus pervenire doctorum & doctrinam expetentium hominum: quo etiam voto nunc eum ſumma cum animi ſummiſſione vobis offero dedicoque. Scribit Udalricus Zaſius, primarium togæ & ſæculi decus, eos, qui Jus civile excolunt & ſcriptis illuſtrant, lucubrationes ſuas recte riteque, & quaſi quodam præcipuo titulo, dedicare Principi; propterea quod ab eo, tanquam a fonte, leges omnes & jura emanant. Qua ratione etiam mihi fas eſſe exiſtimavi, noſtras haſce ejuſdem generis vigilias & meditationes iis conſecrare, qui vicem Principis in Republica ſuſtinent. Neque vero id novo magis more, quam veterum inſtituto facimus, qui ea, quæ de jure civili compoſuerant. Populo, penes quem ſumma rei erat, tradiderunt: ſicut Sextum Ælium, clariſſimum atque ampliſſimum virum, feciſſe legimus, & ante eum Cneum Flavium, Scribam Appii Claudii, unius e Decemviris, & cujus maximum conſilium in Duodecim Tabulis ſcribendis fuit; atque hæc munera Populo gratiſſima fuiſſe. Nec dubito, quin Sextus Papyrius leges, quas ſine ordine a Regibus latas in unum compoſuit Tarquinio Regi obtulerit, apud quem ſummo in honore eum fuiſſe Pomponius indicat in hiſtoria de Origine Juris. Quibus ego argumentis in ſpem magnam adducor, fore, ut & vos Illuſtriſſimi & Potentiſſimi Domini, ea, quæ hic vobis offero, benigne accepturi ſitis, auctoremque ea proſecuturi benevolentia, qua & Principes hæc ſtudia complecti, & Populus fovere ſolent. Valete, Viri Bataviæ Principes, & ſi quid votis poſſum, diu quam feliciſſime Rempublicam gerite. Ex muſeo noſtro pridie Kalendas Martias cIↄIↄcxlii.

MONITUM EDITORIS.

QUum in Libris recudendis id unice præſtandum ſit Typographis, ut ſi quid boni adferant, novum ſit atque limatius: id ſi in aliorum, certe in Arnoldi Vinnii Editione, nobis propoſitum eſſe debuit. Et quidem quid fuerit diligentiæ impenſum, quid laboris devoratum, ut præſtantiſſimi Auctoris auro contra non caræ Inſtitutiones ceteris antehac politiores, eæque locupletiores, nec non caſtigatiores prodirent, fruſtra ſim, ſi multis probare velim; noſtra ſupra ceteras multis de cauſſis Editiones ſe efferente. Id vero ne per inanem auram dictum quiſque exiſtimet, quiſquis experiri voluerit, perſpecte noverit, ex quo facile judicare poterit. Belgicum autem exemplar ſelegimus, idque nobis in cudendo propoſuimus, utpote quod unice juvenes perquirerent, ac deperirent. Sed illic prominebat ſcopulus, a quo niſi deflecteret, timendum erat ne eodem impingeret juventus. Nempe Auctor heterodoxorum partibus addictus, quædam intermiſcuerat, quæ illorum redolerent placita; & cum Eccleſiæ Catholicæ dogmatis adverſis frontibus pugnarent. Quapropter ad illum vitandum toti fuimus, & notulas cenſorias ad calcem hujuſce moniti ex ordine diſpoſitas indicatis etiam paginis, ad quas referuntur (nam illa ſpiſſiorem poſtularent confutationem) adjecimus, quibus ψευδοδογματα, aliaque minus caſtigata ab Auctore prolata, confutarentur. Tum vero illud heic monendus lector characterum elegantiam, qua ceteris comptior, & ornatior hæc noſtra Editio incederet, nobis non fuiſſe poſtremam. Qui quidem ii ſunt pulcritudine, & rotunditate, ut quemque vel invitum, & a muſarum commercio aberrantem adliciant, & ad ſui lectionem invitent. Dein illud curandum nobis duximus, ut quam caſtigatiſſima, & emendatiſſima prodiret; potiſſimum in græcis auctoritatibus, quæ in aliis Editionibus, etiam Belgicis, valde mendoſæ viſuntur. Ad hæc præmittitur in hac noſtra Editione ex Jacobo Gothofredo JC. Hiſtoria, & Bibliotheca Juris Civilis Romani. Poſtremo adjicitur, poſt ampliſſimi Auctoris Commentarium, *Edictum perpetuum Salvii Juliani*, Hadriano imperante editum; cujus lacinias per quinquaginta Digeſtorum libros ſparſas Guilielmus Ranchinus collegit; omiſſas, ex Prudentum interpretationibus, idem ipſe reſtituit: edendum a nobis heic, Dominicus Alfenus Varius curabit. Nil igitur prætermiſſum eſt, candide lector, quo tuis commodis proſpiceretur. Quare deſperandum non eſt, quin maximopere, apud ſtudioſam juventutem, noſtra opera, quantivis pretii, ſe ſit probatura, & nos apud ipſos maximam ſimus gratiam inituri.

No-

Nota Cenſoria I. pag. 47.

AUctor cenſet *Placita Canonica ſacrum Aſyli jus ſpectantia facta eſſe ſine ratione ad beneplacitum ; immo contra jus divinum , quo cautum eſt :* Domus mea , domus orationis vocabitur , vos autem feciſtis illam ſpeluncam latronum.

At quæſo quid iſtuc cum confugientibus ad aram miſericordiæ ? Ejuſmodi enim homines Eccleſia recipit , non ut impietatem tueatur , at duntaxat ut Reis patrocinium impendat. Immo a Deo ipſo præcipiente Aſyli jus originem ſuam trahere videtur . Exodi enim cap. *XXI.* verſ. 14. *Si quis per induſtriam occiderit proximum ſuum , & per inſidias : ab altari meo evelles eum , ut moriatur.* Ergo ſi quis imprudens , inſciusve hominem interemiſſet , valere Aſylum ſibi apud Altare collocatum eadem verba innuunt . Templum quoque his veluti tutiſſimum Aſylum patuiſſe teſtis eſt Philo *de variis legibus.* Numerorum *Cap. XXXV.* inter alias urbes Levitis diſtributas ſex numeraſſe Deum conſtat Oppida. *Erunt*, ait, *in fugitivorum auxilia ſeparata , ut fugiat ad ea , qui fuderit ſanguinem.* Idem ſancitum exſtat Deut. *Cap. XVIII. a verſ. 2. uſque 12.* Hinc mirandum non eſt , ſi Eccleſia utpote uno caritatis vinculo ſecum ipſa colligata , ut dignitate , ita miſericordia in reos Hebraicam antecedat.

In Synodo Sardicenſi habita anno 347. magnus ille Conciliorum Parens Hoſius in hæc verba præfatus eſt. *Quoniam ſæpe contingit , quod ad miſericordiam Eccleſiæ confugiant , qui injuriam patiuntur , ut qui peccantes in exſilium , vel inſulas damnantur, aut certe quamcunque ſententiam ſuſcipiunt : ideo ſubveniendum eſt his , & ſine dubitatione eis eſt petenda per Eccleſiam indulgentia : Hoc ergo decernite ; ſi vobis placet :* Univerſi dixerunt. *Placet , & conſtituatur* .

2. Baſilium viduam quandam , quæ contra vim a Præfecto Ponti ſibi intentam ad altare confugerat , protexiſſe perhibet Nanzianzenus *Orat. XX. de Laudibus ejuſdem Baſilii.*

3. Creſconium ad Eccleſiam Mediolanenſem confugientem , ut debitas ſcelerum evaderet pœnas , Ambroſius non ſuſcepit modo , verum & adverſus milites ipſum ab Eccleſia divellere conantes præſentiſſimum exhibuit auxilium . Vi quidem adhibita milites tandem Creſconium ab Eccleſia extraxerunt ; at *Comes Stilico* , cui jubenti milites paruerant , *pœnitentia motus eſt , ita ut per multos dies ſatisfaceret Sacerdoti* : Paulinus in Vit. Ambroſii.

4. In Synodo Carthaginienſi habita Kalendis Maj. anno 399. legationem ſuſceperunt Epigonius , & Vincentius Epiſcopi , ut pro confugientibus ad Eccleſiam quocumque reatu involutis legem a glorioſiſſimis Principibus exprimerent , ne quis eos auderet inde abſtrahere. Huic Epiſcopali Legationi ex Eſpenio *Schol. in Can. Afric. Art. II.* occaſio fuiſſe videtur Conſtitutio Arcadii , quam ad hoc temporis extorſerat ab Imperatore Eutropius Eunuchus . Hic enim quum de nonnullis , qui ad Eccleſiam confugerant , pœnas ſumi vellet , operam dedit , ut lex ferretur ab Imperatoribus , ne quiſquam ad Eccleſiam confugeret , ſed ut quicunque ad eam confugiſſent , inde abſtraherentur. Id teſtantur Socrates *Lib. VI. cap. 5.* & Sozomenus *Lib. VIII. cap. 7.* Tum eadem de cauſſa gravem adverſus eundem Eutropium Orationem habuit S. Jo. Chryſoſtomus . Nec ejuſmodi Legationes , & querimoniæ ſine fructu fuere . Statim enim poſt Arcadii imperium Theodoſius Junior Legem ſcripſit , quæ integra græce , & latine habetur ad calcem Actorum Concilii Epheſini : Hac ſcilicet piiſſimus Imperator , & jus Aſyli ſartum , & tectum voluit , & ſecuritati ad Eccleſias confugientium adverſus impetum extrahentium conſuluit , & ſanctitatem earundem Eccleſiarum a veſania in eas irruentium vindicavit.

Vinnius in Inſtitut.

Ex hactenus dictis profecto datur colligere 1. Veteres Imperatores ab jure Aſyli non modo non abhorruiſſe , verum & ſancitis legibus ejuſmodi prærogativam Eccleſiis fuiſſe impartitos. 2. Eccleſiæ σκοπὸν in recipiendis , ac tuendis , etiam graviorum criminum reis , haud illum unquam fuiſſe , ut publicæ juſtitiæ via obſtrueretur. ſed tantummodo , ut miſeri illi , & male conciliati homines , Epiſcoporum tutela , mortem vitantes , ævum producerent , quod laborioſis pœnitentiæ operibus poſſent expiare . Quid igitur ſacrum Aſyli jus cum Apoſtolica ſententia : *Domus mea , domus orationis* &c.

Quod tandem ſpectat ad Decretales Innocentii III. ab Auctore indicatas , tanquam Juri divino adverſantes , profecto iis nihil videtur doctiſſimus Pontifex ſtatuere , quod ab antiquiſſimis nuper prolatis Eccleſiaſticis monumentis abſonum videatur . Decernit enim , ut exceptis publicis latronibus , nocturnis agrorum depopulatoribus , ac homicidia in Eccleſiis , vel cœmeteriis perpetrantibus , quibus omnino Aſyli beneficium denegandum , reliqui , quantumvis gravia maleficia admiſerint , ab Eccleſia violenter non abſtrahantur , ſed Rectores Eccleſiarum ipſis vitam , & membra impetrent ; magiſtratus vero aliis pœnis eoſdem plectant . En verba Innocentii : *Quantumcunque gravia maleficia perpetraverint , non inde damnari debent , ad mortem , vel ad pœnam , ſed Rectores Eccleſiarum ſibi obtinere debent membra , & vitam . Super hoc tamen , quod inique geſſit , eſt alias legitime puniendus .* Jam vero iſtuc quinam juri divino contra

trarium dici poſſit, profecto non intelligo: immo potiùs veterum ſanctiſſimorum Eccleſiæ Præſulum ſententiæ conſonum videtur, maximi ſua intereſſe conſentiunt, reis ad Eccleſiam confugientibus vitam, & membra ab Magiſtratibus impetrare, & ni obtinuiſſent, graviter de iiſdem apud Imperatores conqueri.

Haud negamus graves, frequenteſque, Aſylo obtinente, in Eccleſiæ diſciplinam aliquando abuſiones obrepſiſſe. At ſimul conſtat his malis tum Principes, tum & ipſos Romanos Pontifices remedium adtuliſſe. Et quidem Juſtinianus diſerte enormium criminum reis jus Aſyli denegari juſſit; id quod Carolus M. ad ceteros, quibus legibus moriendum eſt, extendit. Tum Romani Pontifices, quo abuſiones illæ inductæ ſunt, iiſdem opportunam medicinam ſedulo adcurarunt, variis criminum ſpeciebus jus Aſyli denegantes. Quare eorundem Conſtitutionibus deinceps ſecutis temporibus evulgatis jure Aſyli privantur incendiarii, homicidæ quicunque, venenarii, publicæ argentariæ ſyngraphas adulterantes, fures qualificata quædam furta perpetrantes, mercatores decoctum argentum ſimulantes, aſyli beneficio abutentes &c. Adeo ut vix in cauſſis civilibus, ac levioribus quibuſdam delictis noſtra hac ætate Aſyli beneficium locum habeat.

Nota Cenſoria II. pag. 49.

IN Matrimonio ratio Sacramenti ab ratione Contractus civilis omnino diſtinguenda. Profecto qua ratione eſt contractus civilis ſatis eſſet, ut a magiſtratu mulier viro rite copulata, & tradita ſit. At ea ratione, qua eſt Sacramentum, Sacerdotis quoque miniſterium jam inde ab ætate Apoſtolica requiſitum eſt. Ad rem Tertullianus Lib. de Pudicitia cap. 4. *Penes nos occultæ quoque conjunctiones, ideſt non prius apud Eccleſiam profeſſæ, juxta mœchiam, & fornicationem judicari periclitantur*. Et Lib. II. ad Uxorem cap. 9. *Unde ſufficiam ad enarrandam felicitatem ejus Matrimonii, quod Eccleſia conciliat, & confirmat oblatio*. S. Ambroſius Epiſt. LXX. al. XIX. num. 7. *Ipſum Conjugium Sacerdotali benedictione ſanctificari oportet*. Et Magnus Auguſtinus *in Pſalmum CXXXVIII.* num. 15. matrimonii vinculum compedibus comparans: *Tales compedes*, inquit, *conſolidant vobis & Epiſcopi manus*. Poſtremo Innocentius I. *Epiſt. ad Victricium*, Syn. IV. Carthaginienſis *Canone XIII.*, Siricius *Epiſt. I. ad Himerum* Antiquiſſima Ritualia Sacerdotis miniſterium fidelium matrimoniis adhibendum docent.

Nota Cenſoria III. pag. 50.

IN veterum Patrum polygamia nullum prorſus peccatum fuiſſe docent non modo veteres Patres Ambroſius *Lib. I. de Abrahamo cap.* 4. Chryſoſtomus *Hom. LVI. in Geneſim cap.* 30. Auguſtinus *Lib. XXII. contra Fauſtum cap.* 47. *Tractatu XI. in Jo.* & *alibi*; verum & ex Etherodoxis Hugo Grotius, qui docet polygamiam juri naturæ nequaquam opponi, licet repugnare videatur primo connubii inſtituendi conſilio. Hunc autem præſtitutum connubio finem Deum ſuſpendendum cenſuiſſe aliquo temporis ſpatio tranſlato ad plures fœminas jure, quod ab exordio nonniſi uni fœminæ in virum unum erat. Rationes, cur præſtitutum illum connubio finem ſuſpendendum Deus voluerit adferunt antiqui Patres. Tertull. de Caſtitate cap. 1. *Sed & benedicti*, inquis, *Patriarchæ pluribus uxoribus conjugia miſcuerunt. Ergo propterea nobis quoque licebit in numerum nubere? Sane licebit, ſi adhuc typi futuri alicujus Sacramenta ſuperſunt, quos nuptiæ tuæ figurent, vel ſi etiam nunc locus eſt vocis illius: Creſcite, & multiplicamini .... Unius, & ejuſdem Dei utraque pronunciatio, & diſpoſitio eſt, qui tum quidem ſementem generis emiſit indultis conjugiorum habenis, donec mundus repleretur, donec novæ diſciplinæ materia proficeret: nunc vero ſub extremitatibus temporum compreſſit, quod emiſerat, & revocavit, quod indulſerat non ſine ratione prorogationis in primordio, & repaſtinationis in ultimo*. Id ſane videtur Tertullianus hauſiſſe ex Apoſtolo ad Galatas *Cap. IV. verſ.* 22. Eadem habent Chryſoſtomus, Ambroſius, Auguſtinus &c. *indicatis locis*. Igitur nullis ſuperſtitibus Sacramentorum typis polygamia damnata eſt. Quinimmo ea libertate ducendi plures ſimul fœminas privantur modo Judæi, ſive in Oriente, ſive in Occidente; quod ipſis pariter latis ab Theodoſio, Arcadio, & Honorio legibus, interdictum eſt. Confer Calmetum in *Geneſ. Cap. XVI. verſ.* 2.

Nota Cenſoria IV. pag. 50.

NOn jubet Paulus conjugem fidelem ab infideli diſcedere, neque etiam hortatur. At ſi infidelis a fideli diſcedat, ait fas eſſe fideli in alterius torum adſciſci. Ita hunc locum interpretati ſunt non modo ex antiquis Græcis, ac Latinis Patribus Chryſoſtomus, Tertullianus, Ambroſius, Theophylactus, Œcumenius, aliique apud Calmetum in *indicatum Apoſtoli locum*; verum etiam ex Etherodoxis Clariſſimus Grotius *ibidem*. Quod autem ſcribit Auctor nimirum *ſi deſertrix perſona nulla ratione poſſit ad mutuam conjunctionem repetendam adduci*, negat Apo-

Apoſtolus oportere innocentem luere culpam nocentis : ſi id de ſimplici deſertione intelligat Auctor, hoc profecto non modo Apoſtolus non docet, verum & videtur Apoſtoli doctrinæ adverſari, qui nonniſi de ea ſpecie loquitur : ſcilicet quum infidelis ab infideli diſcedat : En ejus verba : *Quod ſi infidelis diſcedit, diſcedat : non enim ſervituti ſubjectus eſt frater, aut ſoror in hujuſmodi : in pace autem vocavit nos Deus*.

Nota Cenſoria V. pag. 51.

QUæ heic Auctor adfert ex Romanorum Pontificum Decretalibus, ut ipſemet obſervat, abrogata ſunt indicato Decreto Concilii Tridentini, quo ſancitum eſt : *Sancta Dei Eccleſia ex juſtiſſimis cauſſis illa Clandeſtina Conjugia ſemper deteſtata eſt, atque prohibuit. Verum quum Sancta Synodus animadvertat, prohibitiones illas propter hominum inobedientiam jam non prodeſſe, & gravia peccata perpendat, quæ ex eiſdem clandeſtinis conjugiis ortum habent . . . . . . cui malo quum ab Eccleſia, quæ de occultis non judicat, ſuccurri non poſſit, niſi efficacius aliquod remedium adhibeatur, idcirco præcipit, ut in poſterum . . . . ad celebrationem matrimonii in facie Eccleſiæ procedatur, ubi Parochus viro & muliere interrogatis, & eorum mutuo conſenſu intellecto, dicat : Ego vos* &c. . . . *Qui aliter, quam præſente Parocho, & duobus vel tribus teſtibus matrimonium contrahere adtentabunt, ſancta Synodus hujuſmodi contractus irritos, ac nullos eſſe decernit*. Quod vero ſpectat ad matrimonia a filiisfamilias ſine conſenſu Parentum contracta ; ea Eccleſia quidem ſemper eſt deteſtata ac prohibuit, at illa vera eſſe, ac rata decernit : quod Principes Chriſtiani ſuis legibus firmarunt.

Nota Cenſoria VI. pag. 54.

LEges ab Auctore indicatæ non permittunt vel viro mariti, vel mulieri uxoris affectionem dimittere, & alteri ſe conjungere : ſed potius hæc videtur eſſe earumdem ſententia : nimirum *Matrimonium* deportatione non diſſolvi, & quidem ea ratione : *nam quum libera mulier remaneat, nihil prohibet, & virum mariti affectionem, & mulierem uxoris animum retinere* : En verba Legis V. Cod. de Conjug. damnatorum. *Quod ſi deportata ſit filiafamilias, Marcellus ait (quæ ſententia vera eſt) non utique deportatione diſſolvi matrimonium : nam quum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem, et mulierem uxoris animum retinere* : Et licet concedamus aliquando apud Romanos id juris viguiſſe ; ſcilicet, ut deportatione matrimonium diſſolveretur, at omne id Novella Juſtinianea *Tit. XXII. cap.* 8. prorſus ablatum videtur.

Nota Cenſoria VII. et VIII. pag. 55.

NOn intelligimus ; cur nam iſtæc Innocentii ſententia iniquiſſima dicenda ſit. Sapientiſſimus Pontifex cenſet Matrimonium illud nullum eſſe propter defectum ſubſtantiæ matrimonialis, quæ conſiſtit in mutuo conſenſu. En verba Decretalis : *Hoc dicimus, quod ſi res ita ſe habuerit, videlicet, quod ille nec propoſuit eam ducere in uxorem, nec umquam conſenſit, inter prædictas perſonas non deberet ex illo facto conjugium judicari ; quum in eo nec ſubſtantia conjugalis contractus, nec etiam forma contrahendi conjugii valeat inveniri, quoniam ex altera parte dolus ſolummodo adfuit, et deficit omnino conſenſus, ſine quo cetera nequeunt fœdus perficere conjugale*. Innocentiana iſtæc deciſio non modo patronos nacta eſt Covarruviam, Sancheſium, Hunnium &c. Verum & clariſſimum Cujacium. Nec obſtat ; uti ad rem advertit Gonzaleſius ibidem, *quod confeſſio partis de diſſenſu non debeat ſufficere ad impediendum matrimonium ; quia in propoſita ſpecie non conſtabat de matrimonio, niſi per confeſſionem ipſius partis, et illa confeſſio quum eſſet qualificata debuit acceptari cum ſua qualitate* &c.

Quod *ibidem* addit Gonzaleſius, nimirum ejus conjugis deceptorem ad matrimonium contrahendum cogi poſſe, non eſt nugalis ſententia, ut illam traducit Heineccius. Ea enim ſtatuta, & matrimonium nullum eſt, & deceptæ conſulitur, & deceptori pœna imponitur.

Nota Cenſoria VIIII. X. XI. et XV. pag. 55. 56. 57.

AUctor pluribus demonſtrare contendit, præſertim *pag.* 55. matrimonia inſciis parentibus inita non reprobanda modo, verum & irrita eſſe, ac invalida, aut ſaltem a parentibus irrita declarari poſſe. Jam vero nonnulla heic obſervare non pigeat.

I. Exempla ab Auctore e Sacris Litteris depromta indicare quidem apud Hebræos morem viguiſſe, ut parentes filios elocarent, iiſque conjugia compararent, haud vero apud ipſos legem obtinuiſſe, ut matrimonia illa irrita eſſent, aut parentibus jus tributum irrita declarandi.

II. Etiamſi ejuſmodi lex apud Hebræos viguiſſet, profecto inter Præcepta Judicialia eſſet recenſenda. Atqui Præcepta Judicialia nonniſi civilem Hebræorum politiam conſtituebant. Tum Chriſtus non terrenum, & periturum, ſed ex terrenis, & perituris unum ſpirituale, & æternum fundaturus regnum venit : qua de re Judicialia Præcepta, quantum ad res civiles non dedit, ſed ea pro cujuſcunque gentis indole, & mo-

moribus ſæculi Principibus ferenda reliquit. Igitur Chriſtiani lege illa, etiamſi extitiſſet, quod negamus, haud obſtringerentur: præſertim quum ad Sacramenti rationem matrimonium a Chriſto Domino fuerit evectum.

III. Etiam apud Hebræos matrimonia occurrunt ſine parentum conſenſu inita, quæ tamen irrita habita non ſunt. Profecto Eſavi conjugium irritum pronuntiatum non eſt, aut filii illegitimi, quod ſine tali auctoritate nuptias contraxerat: *Geneſ. XXIX. XXXVI.* Unde Quintilianus *Decl.* 237. jus ſcriptum, & quidem naturale reſpiciens, ſic ait: *Quod ſi licet aliquando etiam contra patris voluntatem ea, quæ alioqui reprehenſionem non merentur, filio facere; nuſquam tamen libertas tam neceſſaria, quam in matrimonio eſt.* Confer Grotium *de Jure Belli, & Pac. Lib. II. cap. V.*

IV. Quod Auctor adfert ex *Exodi XXII. verſ.* 17. ad rem non facit. Ibi enim agitur de virgine ſtuprata, quam ſtupratori denegare patris arbitrio conceditur. Heic autem agitur de matrimoniis a filiisfamilias rita initis, licet Patris conſenſus non adfuerit. Igitur ſententiæ Auctoris Sacræ litteræ non ſuffragantur.

V. Nuptias citra parentum conſenſum contractas non tantum non fieri irritas, ſed nec juri naturæ repugnare pluribus demonſtrant Henricus, & Samuel Cocceii *Comment. in indicatum Grotii locum*, & quamvis deinde Henricus ipſe de Cocceii contendat nuptias ſine conſenſu parentum initas jure naturæ nullas eſſe; ejus tamen argumenta demonſtrant quidem jure naturæ præſcribi, ut filiisfamilias in contrahendis nuptiis patris conſenſum exquirant, haud vero evincunt nuptias a filiisfamilias ſine parentum conſenſu jam initas jure naturæ nullas eſſe, aut a parentibus irritari poſſe. Uti enim *ibidem* obſervat Grotius, jus naturæ præſcribit: ut iſtud reverentiæ officium a filiis familias parentibus præſtetur; haud vero efficit, ut nullus ſit actus, qui ei repugnat. Ejuſmodi reverentiæ officium ab filiisfamilias parentibus præſtandum, atque adeo illud negligentes graviter peccare multiplici argumentorum genere demonſtrant Franciſcus Muſcettola Archiep. Roſſanenſis *Diſſert. de Sponſalibus, & Matrimoniis &c.* & Clariſſimus Mazochius (*) in Adnotationibus in eandem Diſſertationem.

VI. Atque hinc patet, cur nam Eccleſia ejuſmodi matrimonia ſemper ſit deteſtata, ac plurima ſalubriter decreverit, ut malis inde exorientibus mederetur: at irrita illa non eſſe decreverit: Synodus Tridentina *Seſſ. XXIV. Cap. I. de Reform. matrim.* Id Principes ſuis legibus firmarunt. Qua de re Van-Eſpenius *Part. II. Sect. I. Tit. XII. ſcribit*. *Nequaquam proinde menti Eccleſiæ contrariantur Principum leges, dum hujuſmodi matrimonia etiam ſuis legibus prohibent: atque contrahentes, aut ad ea quomodolibet concurrentes puniunt, quin & effectibus civilibus ejuſmodi matrimonia evacuant: ſed potius Eccleſiæ obſecundant, & ejus ſanctiones ſuis legibus adjuvant.* Tum *ibidem* plura affert Principum Edicta, ac præſertim Henrici II. Henrici III. Caroli V. Philippi IV. quibus graves in filiosfamilias conſtitutæ ſunt pœnæ adverſus filiosfamilias parentum vel tutorum, aut curatorum, quorum poteſtati ſubjiciuntur, conſenſum in nuptiis contrahendis negligentes. Porro Henricus II. diſerte edixit, ſuo Edicto non comprehendi Matrimonia contracta a filiisfamilias excedentibus annos triginta; aut filiabus excedentibus annos vigintiquinque, modo ſaltem requiſiverint conſilium parentum. Similiter ſi eorum mater tranſierit ad ſecundas nuptias, ſufficiat ejus conſilium expetere. Quod a ſapientiſſimo, ac providentiſſimo noſtro Rege Ferdinando IV. Edicto paucis abhinc menſibus evulgato etiam ſalubriter conſtitutum eſt.

Nota Cenſoria XII. pag. 57. & 58.

NOn fuit Romanorum Imperatorum ſuperſtitio, ſed pietas, quæ hujuſmodi ſpiritualem cognationem vel induxit, vel prius inductam firmavit. Profecto jam inde ab primis Eccleſiæ temporibus Sponſi, ſive Patrini in baptiſmo adhiberi conſuevere. Horum meminit Tertull. *Lib. de Baptiſmo cap. XVIII.* Gennadius *de Eccleſiaſt. dogmat. cap. LII.* Auguſtinus *Epiſt. XXIII. Serm. CXVI.* & etiam alibi, Cyrillus Alexandrinus Comment. in Joann. XI. 26. Fulgentius *de Baptiſmo Æthiopis cap. VII.* aliique veteres Patres. Jam vero ejuſmodi ſponſorum, ſive Patrinorum munus erat non modo ad

(*) Alexius Symmachus Mazochius Neapolitanæ Eccleſiæ Canonicus Cardinalis, & Regius Sacr. Script. Interpres, Sacræ, Profanæque eruditionis promus condus, Vir tum ſolida pietate, tum Operum immortalium copia, pretioque toti poſteritati commendatiſſimus, dum hæc ſcribimus, pridie Idus Septembris Hora XIII. Eheu, ſupremum diem obiit.
Quis deſiderio ſit pudor, aut modus
Tam cari Capitis . . . .
Ergo Mazochium *perpetuus ſopor*
Urget! Cui Pudor, & Juſtitiæ ſoror
Incorrupta Fides, nudaque Veritas
Quando ullum invenient parem?

ad diverſas in baptiſmo interrogationes reſpondere, verum & eorum, pro quibus in baptiſmo ſpoponderant, veluti *parentes*, ac potius vitæ ſpiritualis moderatores, piis monitis, boniſque conſiliis contendere; ut ipſos ad implendas icti cum Deo fœderis conditiones adducant. Auguſtinus *indicato Serm.* CXVI. Sponſos, ſive Patrinos ſic adloquitur: *Non ſolum exemplo, ſed etiam verbis eos ad omne opus bonum admonere debetis antequam baptizentur, & poſteaquam baptizati fuerint, de caſtitate, de humilitate, de ſobrietate vel pace eos admonere, vel docere non deſinant; & agnoſcant ſe fidejuſſores eſſe ipſorum. Pro ipſis enim reſpondent, quod abrenuntient diabolo, pompis, & operibus ejus*. Igitur non ex ſuperſtitioſo commento, ſed potius ex Imperatorum pietate illud ſpiritualis neceſſitudinis impedimentum ſuum duxiſſe ortum dicendum eſt. Imperatorias ſanctiones ſuis legibus adoptavit Eccleſia; quas tandem Concilium Tridentinum, temporum circumſtantiis id poſtulantibus, ſumma prudentia temperavit.

Nota Cenſoria XIII. pag. 62.

SOla fides eſt, quippe quæ ab divina Revelatione ſuam habet originem, immutabilis, & irreformabilis, ut loquitur Tertullianus: quæ autem diſciplinam ſpectant, ob temporum, vel locorum περιστασεις *circumſtantias*, mutationi ſunt obnoxia. Nil mirum igitur, ſi ſecundum, & tertium adfinitatis gradum Innocentius III. abrogarit. En verba Decretalis Cap. 8. Tit. XIII. de Conſanguinitate, & Adfinitate. *Non debet reprehenſibile judicari, ſi ſecundum varietatem temporum ſtatuta quandoque varientur humana: præſertim quum urgens neceſſitas, vel evidens utilitas id expoſcit. Quum ergo prohibitiones de conjugio de ſecundo, & tertio adfinitatis genere* &c.

Quod autem ſcribit Auctor; ſcilicet prohibitionem illam *antiquos Canones* invexiſſe, falſum omnino eſt. Non enim in veteribus Conciliorum Canonibus, ſed in falſis Iſidorianis Decretalibus prima occurrit illius interdicti mentio.

Nota Cenſoria XIV. pag. 63.

QUod heic ſcribit Auctor, nonniſi ea ratione eſt intelligendum; quod quum Præcepta de Conjugiis a Deo per Moſen *Levit. Cap. XVIII.* lata juri naturæ ſint prorſus conſona, hinc etiam in novo Fœdere omnium hominum vitam conſtringere dicenda ſunt æque ac ipſa Decalogi Præcepta. Igitur vim habent, non tanquam Præcepta Moſaica, ſed tanquam jus naturale immutabile, & univerſo humano generi a Deo per rectam rationem promulgatum. Tum *Cl. Hugo Grotius de Jure Bell. & Pac. Lib. II. Cap. V. Art. XIII. n.* 1. docet, etiam conceſſo a mero jure naturæ non venire hæc interdicta, videri tamen poſſunt præcepto divinæ voluntatis hæc iviſſe in vetitum: neque vero tale id eſſe præceptum, quod ſolos Hebræos adſtringat, ſed quod homines univerſos, colligi videtur ex illis Dei verbis apud Moſen ibid. *Ne polluite vos ulla harum rerum: quia omnibus iſtis polluti ſunt populi, quos vobis advenientibus diſpello... Ne facito ullam ex iſtis rebus abominandis: nam omnes iſtas fecerunt indigenæ terræ iſtius, quæ vobis expoſita eſt, unde polluta eſt terra*.

Nota Cenſoria XVI. pag. 283.

NOn ſuperſtitio, ſed pietas movit Juſtinianum ad decernendum, ut bona Religionem profeſſi adquirantur Monaſterio, ubi filios non habeat, nec uxorem. Profecto quum monaſticæ vitæ is Canon propoſitus eſſe debeat: nempe ſolitariam vitam agere, rerum divinarum contemplationi vacare, ac perennes Deo pro Eccleſia, & pro Republica orationes fundere; iiſdem profecto alimenta procuranda fuere; ne (ut victum, veſtitumque ſibi compararent) ſeculares curas ſuſcipere cogerentur. Tum Aevo Juſtinianeo fortaſſe Monaſteriorum reditus nonniſi tenues erant: quum vero deinceps monaſteria poſſeſſionibus abundarent, tunc novis ſancitis legibus monaſteriorum adquiſitionibus modus impoſitus eſt.

Nota Cenſoria XVIII. pag. 341.

PRoteſtantes pro hæreticis omnino habendi; quippe qui hæreſi facta ab Eccleſia Catholica diſceſſerunt. Profecto ubi Lutherus adverſus Eccleſiam ſigna extulit, Eccleſia Catholica Romana tum ab fidelibus per orbem univerſum diſperſis, tum & ab exteris, ceu vera Chriſti Eccleſia Viſibilis, Indeficiens, & Infallibilis indigitabatur, æque ac ejuſmodi jam inde ab ævo Apoſtolico traditione nunquam interrupta agnita fuerat. Igitur Lutherus, ejuſque adſeclæ ab ea deficientes, merito rebelles, ac hæretici cenſentur. Confer noſtram Diatribam Iſagogicam præfixam *Tomo* I. *Voluminis* II. *Hiſtoria Eccleſiaſtica Joannis Laurentii Moſemii*.

LECTORI

S. P. D.

JO. GOTTL. HEINECCIUS.

CUM multa a viris etiam doctiſſimis reprehendi ſolent in operoſa illa ac præclara Juſtiniani legislatione: tum ſæpenumero quibuſdam mirari contingit, atque etiam ſtomachari, quod Imperator; illa perfecta, Jureconſultis leges interpretandi illuſtrandique facultate, tanquam aqua & igni, interdixerit, eoſque ad conficienda admonitoria, παρατιτλα atque indices improvido conſilio damnarit (a). Legum enim interpretationem tam credunt plerique neceſſariam, ut ea civitatem non facilius, quam ipſis legibus, carituram, officiumque Juriſconſultorum ſine illa præclara facultate inane atque infructuoſum reipublicæ futurum, arbitrentur. Qua fronte, inquiunt, JCti ſuſtinebit nomen, qui leges neſcit? Leges autem quo pacto ſcire ſe dixerit, qui verba earum tenet, non vim ac poteſtatem? (b) Vim denique ac poteſtatem legum an quiſquam, quantacunque ſit ingenii perſpicacia, adſequetur, ſi non modo interpretationes nullæ exſtent, verum etiam iis, qui hanc reipublicæ operam navare cupiunt, grave ex lege Cornelia judicium immineat? (c) Accedit, quod quum nulla lex, nullumque SCtum, teſte Juliano, (d) ita ſcribi poſſit, ut omnes, qui quandoque inciderint, caſus comprehendant, imperfectam admodum ac veluti macilentam eſſe oporteret juriſprudentiam, niſi illi ſuccus ac ſanguis ex interpretatione prudentum accederet. Denique & experientiam, rerum omnium magiſtram, Romanos docuiſſe exiſtimant, hac Jureconſultorum opera rempublicam carere non poſſe. Sane enim quid artificioſius unquam ſcriptum fuiſſe dicamus, quam illum XII. Tabularum libellum, cujus νομοθεσιαν βραχεως και απεριττως συγκειμενην & poſteri, teſte Diodoro Siculo (e) unice ſunt admirati; quem Craſſus apud Ciceronem (f) *omnibus omnium Philoſophorum bibliothecis* antepoſuit, quem denique Livius (g) *fontem univerſi publici privatique juris*; & Tacitus (h) ſcriptor πολιτικωτατος, *finem æqui juris* vocare non dubitavit? Et tamen his legibus latis, ſtatim cœpit neceſſaria videri interpretatio prudentum diſputatioque fori, (i) eique unice acceptum ferimus, quod juriſprudentia Romana in tam auguſtam atque admirabilem diſciplinam effloruerit. Quod ſi autem ea JCtorum diligentia carere non potuit civitas, quum exiguum illud legum Decemviralium corpus, tam elegante atque abſoluta brevitate verborum compoſitum, (k) in foro regnaret: qui fieri, quæſo, poſſet, ut opus Juſtinianeum diffuſiſſimum, atque ex innumeris variorum auctorum fragmentis conſutum ſine interpretum commentariis ab ullo mortalium intelligatur? Quam multa enim in eo ſubtilia? quam multa abſtruſa? Quantum ubique veteris philoſophiæ, quantum antiquitatis, quantum juris publici latet? Quam ſæpe etiam contingit, ut leges quædam ſive vere, ſive in ſpeciem pugnantes crucem figant viris doctiſſimis? Si autem & ii, qui haud mediocri doctrinæ ac litterarum præſidio inſtructi ad ſacra illa accedunt, aliquando hæſitant, ac in tanta interpretationum copia Delio ſibi natatore opus eſſe fatentur: quid illis contingeret, qui omni interpretationis lumine deſtituti veluti illuni nocte per vaſtam legum ſilvam ire, ibique inveſtigare juberentur artem æqui & boni, non minus occultam ac repertu difficilem, quam fatalem illam virgam fuiſſe fingunt, de qua Sibylla apud Virgilium: (l)

Latet arbore opaca
Aureus & foliis & lento vimine ramus,

Ju-

(a) Conſtit. *Deo auctore*. §. 12. *de concept. Dig.* (b) L. 17. *ff. de legib.* (c) Conſt. *Tanta*. §. 21. *de confirm. Digeſt.* (d) L. 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de legib.* (e) Diodor. Sicul. *lib.* XII. *cap.* 26. (f) Cic. *de Oratore lib.* I. *cap.* 44. (g) Liv. *lib.* III. *cap.* 34. (h) Tacit. *Annal. lib.* III. *cap.* 27. (i) *L.* 2. §. 5. *ff. de orig. jur.* (k) Gell. *Noct. Att. lib* XX. *cap.* 1. (l) Virgil. *Æneid. lib.* VI. *v.* 136. *ſequ.*

Junoni infernæ dictus ſacer: hunc tegit omnis
Lucus, & obſcuris claudunt convallibus umbræ.

Ita illam Juſtiniani providentiam nonnulli exagitant; nihilque rectius factum eſſe arbitrantur, quam quod iniquiſſimam iſtam ſanctionem, quam Accurſius (a) abſona interpretatione emollire cupiebat, tacitis ſuffragiis abrogarit æquior rerum æſtimatrix, poſteritas.

Enimvero quamvis hæc ſint dictu ſpecioſa, tamen conſideranti rem paullo accuratius, non adeo abſurdum mihi videtur Juſtiniani conſilium, quod illi quam maxime vituperandum exiſtimant. Fuit ſane illa non modo Juſtiniani, ſed ſapientiſſimorum quorumvis legiſlatorum ſententia, non expedire reipublicæ ſubtiliores de legibus diſputationes, haſque potius memoriæ mandandas, factiſque exprimendas, quam explicandas eſſe commentariis. Nulli olim Spartæ erant Juriſconſulti, nulli Labeones, Sabini, Juliani, qui Lycurgi leges interpretarentur: & nullus tamen populus Spartanos juſtitia ac diſciplinæ ſeveritate ſuperabat: quum contra Romæ, atque apud ipſos Hebræos, ubi viri doctiſſimi in interpretandis legibus omnem operam induſtriamque collocabant; eo minus jus diceretur ſecundum leges, quo magis ferveret juriſprudentiæ atque eloquentiæ forenſis ſtudium. Nimirum ita comparata eſt legum ratio, ut quo ſimpliciores ſunt ac pauciores, eo certius plerumque ac promtius ex iis jus dicatur, (b) quantoque magis cives videas τας στοας εμπιπλαναι γραμματων, *porticus implere litteris*, tanto facilius eveniat, ut quemadmodum vis morborum pretia medentibus, ſic fori tabes pecuniam cauſſidicis ferat (c). Et hoc ipſum profecto veritus Juſtinianus conticeſcere juſſit Juriſconſultorum oracula, calamiſque ſcripturientium commentarios ferias indixit, *ne, quod in antiquioribus factum eſt, per contrarias interpretantium ſententias totum jus conturbaretur*, (d) vel, uti alibi (e) conſilii rationem reddet, *ne verboſitas interpretum aliquod legibus adferret ex confuſione dedecus, quod et in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diverſas ſententias perducentes in infinitum diſtraxerint, ut pene omnis Romana ſanctio fuerit confuſa*. Itaque experientia docuerat Juſtinianum, quantum detrimenti jus Romanum paſſum ſit non modo a fori tintinnabulis, verum etiam ab anteceſſoribus; qui ſe gryphorum juriſprudentiæ interpretes profitebantur. Quæ enim fuerit horum hominum ante Juſtinianum conditio, non ſine ſale docet ſcriptor ejus ætatis graviſſimus, Ammianus Marcellinus, (f) qui poſtquam eorum temporum cauſſidicos & juriſperitos in certas claſſes deſcripſit, de ſecunda ita judicat: *Secundum eſt genus eorum; qui juris profeſſi ſcientiam, quam repugnantium ſibi legum abolevere diſcidia, velut vinculis ori impoſitis reticentes, jugi ſilentio umbrarum ſunt ſimiles propriarum. Hi velut fata natalitia præmonſtrantes, aut Sibyllæ oraculorum interpretes, vultus gravitate ad abitum compoſita triſtiorem, ipſum quoque venditant, quod oſcitantur. Hi ut altius videantur jura callere, Trebatium loquuntur, & Caſcellium, & Alfenum, & Auruncorum Sicanorumque jamdiu leges ignotas, cum Evandri matre abhinc ſæculis obrutas multis. Et ſi voluntate matrem tuam finxeris occidiſſe, multas tibi ſuffragari abſolutionem lectiones reconditas pollicentur, ſi te ſenſerint eſſe nummatum*. Quum itaque animadvertiſſet Imperator, iſta interpretationum multitudine ac varietate ita jus omne turbatum eſſe, ut omnia vera falſa, juſta injuſta, æqua iniqua æque facile in foro defenderentur; an frænos iterum laxaret forenſi iſti atque academicæ licentiæ? an pateretur juri, a ſe in ordinem qualemcumque redacto, novis argutiis novas offundi tenebras? Nonne conſultius erat, omnes Jureconſultorum commentarios ad Garamantas relegare, quam eidem, quo paullo ante defuncta erat, periculo de novo exponere rempublicam?

Quamvis autem ita conſilii ratio conſtiterit Juſtiniano: nolim tamen ego, quenquam exiſtimare, omnem, quæ noſtris temporibus in interpretando illuſtrandoque jure collocatur, operam atque induſtriam inanem atque infructuoſam mihi videri. Neque ego profecto ita cenſeo, neque illis Juſtiniani ſanctionibus viris juriſprudentiæ gnaris calamos hodie e manibus extorqueri arbitror. Hanc modo ſummam jam facio cogitationum mearum, cum periculo haud levi conjunctam eſſe promiſcuam illam jura interpretandi licentiam; adeoque nec æquitati nec prudentiæ refragari graviſſimas illas Juſtiniani ſanctiones. Sane quod cum periculo aliquo conjunctum eſſe arbitramur, id non ſtatim proſcribendum aut ab uſu removendum dicimus: & quo facile caruerunt Juſtiniani tempora, quibus, uti ait Cujacius [g], jus omne clarius & in uſu quotidiano erat poſitum, eo & nos non illico æque facile carebimus hac ætate, qua jus peregrinum, variis locis corruptum, & diuturna deſuetudine obſcuratum in Fora, & Academias penetravit. At quam caute ea interpre-
tan-

(a) Gloſſ. *ad l. 1. §. 12. C. de vet jur. enucl.* Commentarios illi adplicare. *Scilicet faciendo & addendo novas leges, nam non prohibet exponi iſtas. Sed verius eſt, quod reprobet, ut ſtatim patet.* (b) Strabo *Geogr. lib.* VI *p.* 179. (c) Tacit. *Annal. lib.* XI. *cap.* 6. (d) Conſt. *Deo auctore* §. 12. (e) Conſt. *Tanta*, *d.* §. 21. (f) Ammian. Marcell. *lib.* XXX. *cap.* 4. (g) Cujac. *præfat. paratitl. Digeſt.*

tandi facultate utendum ſit, quamque facile jus in tanta interpretum multitudine in ſummam ambiguitatem prolabatur, ipſi, qui jam inde ab Irnerii temporibus prodierunt, commentarii, mille plauſtrorum onus, unumquemque docebunt. Sane quo plures evolveris, quantoque elegeris majores, tanto magis adparebit: id, quod generatim dixit Callimachus, (a) *μεγα βιβλιον ισον ειναι τῳ μεγαλῳ κακῳ*, de pleriſque iſtis commentariis eſſe veriſſimum Habebis Sardos venales, alios aliis nequiores: ſed ut quiſque erit amplior ac diffuſior, ita pejor videbitur indoctiorque reliquis, ut fatendum ſit omnino, beatam futuram fuiſſe juriſprudentiam, ſi nunquam in manus tam illotas incidiſſet, ratumque vel iſtis tantum temporibus fuiſſet edictum Juſtiniani, quod legis Corneliæ pœnam irrogari jubet tam ineptis commentariorum conſarcinatoribus. Quod ne cui gravius ac liberius dictum videatur, qualem eſſe oporteat bonum interpretem, & quales ſint plerique, quos illi indoctæ doctorum turbæ debemus, commentarii, paucis oſtendere juvabit. Multis profecto partibus pulcherrimum iſtud atque utiliſſimum interpretum officium abſolvitur. Primum enim iis in id elaborandum eſt, ut ipſi iis inſtructi ſint præſidiis, quibus lucem obſcuris fœnerare poſſint: deinde ut genuinam cujuſque orationis ſententiam eruant, ac demonſtrent; tum porro, ut nec falſa doceant, nec ab arte ſua aliena: poſtremo, ut ne rem minus obſcuram confuſa tractandi ratione & horrido, incomto, agreſtique dicendi genere reddant obſcuriorem. Has vero dotes in bono interprete admirantur omnes, ſine his interpretem nec proficere quidquam, nec operæ pretium facere cenſent. At interpretes ipſos, in quibus illæ præclaræ virtutes enituerint, non dicam illo Bartoliſtarum ævo, ſed & poſt felicem illam temporum reparationem, reperies pauciſſimos &

vix totidem, quot
Thebarum portas, vel divitis oſtia Nili.

Primo enim, quod ad litterarum præſidia attinet, a quibus inſtructum eſſe oportere diximus interpretem, quis, quæſo, tam eſt ſtolidus, ut ad intelligendum jus Romanum multum adjumenti nobis attuliſſe exiſtimet eos; qui nec Græcas nec Latinas docti litteras, ubi in Græcum vocabulum incidunt, quaſi oblata quadam gemma magica, exclamant: *Græcum eſt, non poteſt legi*, qui *juriſdictio* an *juriſditio* dicendum ſit, addubitant: quibus denique *vis & poteſtas* eſt poteſtas violenta, violenta autem poteſtas, quæ invito etiam tutori defertur? Quid deinde lucis ſperes ab illis tenebrionibus, qui rudes hiſtoriæ ac antiquitatum, credere nos jubent, Auguſtum voluiſſe adoptare Germanicum, eoque refragante callide perſuaſiſſe cuidam Tiberio, ut ipſe Germanicum adoptaret, ſeque ipſum ſibi daret arrogandum: qui ſerio nobis narrant, ad beſtias datos olim homines, *ut beſtias deducerent, vel cum iis comederent, vel alia beſtialia facerent*: patres conſcriptos dictos, *quod nomina eorum ſcripta fuerint in aliquo loco, vel in corona capitis eorum*: æditnos fuiſſe præfectos vigilum, quique cum iis noctu urbem circumierint: ſtadia urbium eſſe, *octavam partem milliarii, quam Hercules cucurrerit uno anhelitu*: teſtamenta in procinctu facta dici, *quod ſuccincte fierent*: libripendem eſſe *æſtimatorem*, & libram æneam *rem æſtimatam, vel hæreditatem, quia & tanquam libra dividatur in duodecim uncias*: actionem Servianam eſſe *a ſervando* dictam, & innumera hujus generis alia, quæ ipſe

Non ſani eſſe hominis, non ſanus juret Oreſtes?

Ne autem talia ex barbaro illo ævo & ex Accurſii tantum ingenio profecta exiſtimes, etiam poſt felicem litterarum *παλιγγενεσιαν* haud pauca non multo meliora reperies in ſcriptis eorum, qui incredibilem ſibi famam juriſprudentiæ ſtudio pepererunt. Vix itaque eſt, quod Accurſio ſuccenſeamus, quum & in melioris ævi commentariis, quorum auctorum nominibus nunc parco, legamus, Juſtinianum parte ſuperioris Germaniæ ſubacta. Alemannici nomen adoptaſſet: leges Romanorum dividendas eſſe in conſulares & decemvirales; Ædiles quoſdam vocatos *curules*, quod *curam* ſacrarum ædium geſſerint: legem Fuſiam Caniniam perlatam eſſe a quodam Fuſio Caninio: filiosfamilias dici *in ſacris paternis eſſe*, quia iis ſancta eſſe debeat patris perſona: *Deportare* eſſe, quaſi extra *portam* civitatis dare: Claudium Imp. ſanxiſſe, ut Coſſ. pupillis tutores *extra ordinem*, id eſt, non ſervato agnatorum proximorum ordine, darent: Imperatores dictos eſſe *Pios*, quod clericis admodum faverint: a conſulibus nomina conſequutas eſſe leges Hortenſiam & Atiliam: Auguſtum triplicem libertinorum conditionem introduxiſſe, & quæ ſunt hujus generis alia. Sexcenta enim his ſimilia in commentariis JCtorum non proletariorum vel capite cenſorum, ſed claſſicorum quoque animadvertes, ſi te eorum lectioni dederis. Hos vero an ſatis inſtructos ad hoc interpretandi munus acceſſiſſe credibile eſt? An non jure potius iſtis occlames:

Non tali auxilio, nec defenſoribus iſtis
Tempus eget?

Quod

(a) Callimach. apud Athen. *Dipnoſ. lib. III. p. 72.*

Quod deinde ad genuinam orationis ſententiam attinet, eam non modo ex ipſis verbis, eorumque ſignificatione, verum etiam ex conjunctis loco & tempore eruendam eſſe, ii omnes cenſent, qui ſunt artis illius ἑρμηνευτικῆς paullo peritiores. Eo conſilio olim Antiſtius Labeo, Jureconſultorum ſuæ ætatis facile princeps, teſte Gellio (a) *in Grammaticam ſeſe & dialecticam, litteraſque antiquas altioreſque penetraverat, & Latinarum vocum origines percallens ea præcipue ſcientia ad enodandos pleroſque juris laqueos utebatur.* Quumque hodie libri noſtri ex variis variorum fragmentis tanquam centones conſuti ſint, recte ſuſpicati ſunt viri quidam doctiſſimi, genuinam legum ſingularum ſpeciem adſequi poſſe neminem, niſi qui comparatis inter ſe conjunctiſque fragmentis quæ ex eodem libro ſuperſunt, omnibus, de quo juris capite ibi actum ſit, in numerato habeat. Sane hujus myſterii indicium jam pridem fecerunt viri quidam doctiſſimi, ejuſque uſum poſt Ant. Auguſtinum, Jac. Cujacium, P. Fabrum ſingulari diatriba Jac. Labittus; exemplis autem illuſtriſſimis Jo. Gœddeus & Jac. Gothofredus oſtenderunt, viri ſane in arte noſtra ſummi,

Quos aget penna, metuente ſolvi,
Fama ſuperſtes.

Sed quotuſquiſque vel olim vel hodie in tanta litterarum luce non infra JCti dignitatem eſſe putat, litteras illas attingere, quibus ſe plane immerſit Labeo? Quotuſquiſque ſe tantis exemplis excitari paſſus eſt, ad illud fragmenta inter ſe comparandi artificium? Tantum ſane abeſt, ut iſtud adhibuerint interpretes, ut plerique illud hodienum alto ſupercilio deſpiciant, & per contemtum adnumerent revelationibus (b). Permultum porro ad libros noſtros intelligendos utilitatis adferre Græcos interpretes, res ipſa docet, & præclara demonſtrat Car. Hannib. Fabrottus (c). *Equidem*, inquit Vir doctiſſimus, *non inficior, nævos eſſe quoſdam & παροράματα in Græcorum commentariis; ſed hæc fere leviuſcula ſunt præ iis, quæ veriſſime & diligentiſſime Græci nobis explanata reliquerunt. Et ut de ceteris taceam, quis nobis titulum de fideicommiſſariis hæreditatibus fidelius & doctius explicavit, quam Theophilus noſter? quis titulum de litterarum obligatione & titulum* XII. *Inſtitutionis tertiæ felicius enarravit, quam idem auctor graviſſimus, ut adpellat Cujacius interpretum facile præcipuus? Quis Latinorum, quæſo te, Lector; Inſtitutiones, hoc eſt, libellum aureum accuratius interpretatus eſt?* Et paucis interjectis: *Quantum profecerit Jac. Cujacius, oculus juriſprudentiæ, legendis & enucleandis Græcorum commentariis, ignorare non poteſt, niſi qui peregrinus eſt in ejus ſcriptis. Quam multa præclara, riteque in ſcholis juris decantata, neque in doctorum commentariis protrita, hinc hauſerit, ſciunt æqui & periti harum rerum judices, iniqui vero & Græcæ linguæ neſcii diſſimulant, aut quod verius eſt, non vident: oculique eorum ad hunc ſolem ſuffunduntur.* Sed quotuſquiſque JCtorum hodienum Græca hæc attingit? Quotusquiſque ejuſmodi libris vel locum in bibliotheca concedit, vel quidquam inde in uſus ſuos depromit? Exſtat commentarius in Inſtitutiones, ſatis tritus doctorum manibus, in quo ubi βασιλικῶν incidit mentio, auctor de iis non aliter loquitur, ac de opere ſibi ignoto, ac jam pridem deperdito, & de quo nihil habeat, quod pro certo adfirmet, quam quod Baſilica vocati ſint libri, qui contineant leges ab Imperatoribus promulgatas & compoſitas. Alii, qui nihil ignorare videri volunt, Othonis Taboris exemplum ſequuntur, & Græculos illos nugivendulos nihil ad nos pertinere, fabuliſque meris indulgere clamant. Quam multa itaque fugiſſe oportet pleroſque interpretes, qui hoc inſigne præſidium nullo loco habuerunt, famæque ſuæ metuerunt, ſi tam magnum, ac memorabile facinus auſi, ad illa Græcorum oracula proficiſcerentur? Quid porro de veritatis dicam ſtudio, quo nihil prius, nihilque antiquius eſſe debebat interpreti? An tu illam feliciter repertam fuiſſe dicas veteribus, qui illam veritatem inveſtigandi ratiocinandique artem ſciebant cum gnariſſimis? An a novis plus ſperes, qui Petri Rami dialecticæ innutriti, unum didicerant τὸ διχοτομεῖν*, id eſt, artem egregiam, quinque digitos in duos ordines diſtinguendi? An tu porro veritatem quæras in eorum commentariis, qui id ſibi negotii datum credebant, ut omnia ſuperiorum placita labefactarent ac ſubverterent, & quaſi clavum clavo ſic opinionem opinione trahentes eo demum rem perducerent, ut jam non difficile videatur ſententias etiam abſurdiſſimas mille JCtorum teſtimoniis ſtabilire? Obſervavit Franc. Hotomanus, (d) celebrem illum, Andream Tiraquellum ſæpe in libris ſuis, quos citationibus Auctorum inſtructiſſimos edidit, poſtquam conſentientia centum aut plurium doctorum ſuffragia accumularit, hanc aut ſimilem orationem ſubjungere: *Ut videas, amice Lector, nihil eſſe in jure noſtro non ambiguum, & diſputationibus ac controverſiis involutum, volo tibi totidem, aut plures, recenſere, qui ſunt in opinione prorſus contraria*, & ſub hæc ingentem aliorum doctorum indicem pertexere, qui in alia omnia eant. Quid vero veritatis ſtudioſo utilitatis adferat illa diſcrepantium opinionum farrago, niſi ut

* *Vinnius in Inſtitut.*

(a) Gell. *Noct. Attic. lib.* XII. *cap.* 10. (b) Jac. Gotofred. *Præfat. Comm. ad Reg. jur.* (c) Fabrot. *Apol. pro Græcis*, edita cum *Exercitationibus* XII. Pariſ. 1639. (d) Hotom. *Antitribonian. cap.* XIV.

ut perlecta illa idem ſibi contingere videat, quod tribus conſultis advocatis contigiſſe ſibi queritur Demipho apud Terentium: (a)

Feciſtis probe:

Incertior ſum multo, quam dudum.

Accedit, quod quum inter omnes conſtet, veritatem non auctoritate doctorum, ſed legum rationumque fundamentis niti: pleriſque interpretantibus jura potior ſemper fuerit gloſſæ, quam recta ratio & legum auctoritas. Hinc ubique in libellis hujuſmodi doctorum turmæ in aciem educuntur, manatque hoc exemplum in fora, in quibus certam præſumunt victoriam, ſeque jactant magnifice, qui pro ſe Sandium, Chriſtinæum, Weſembecium, Schneidewinum, Carpzovium, Mevium, vades dederunt. Quaſi vero veriſſimum ſit, quod plurimis videtur, & non æque facile ſit, alium gloſſatorum exercitum conſcribere, qui priori opponatur. Jam quod proximum inter virtutes interpretis poſui, ut ne in rebus ab arte ſua alieniſſimis occupetur, quam momenti ſit, nemini dubium eſſe poteſt. Quis enim philoſophum ferret, qui de virtute diſputaturus, quædam de primis mundi elementis præmitteret; deinde accurate explicaret, quid ſit glacies, hinc porro, quot ſint conjugationes, quotque partes orationis, ſubtiliter diſquireret, ac demum in rem præſentem veniens, an ſit virtus, quid ſit, & quotuplex, breviſſimis verbis attingeret potius, quam explicaret? Mirarer ſane, ſi qui tunc philoſophum audiunt, non, ut olim Abderitani, Hippocratem quendam arceſſerent, qui homini nimis inepte ſtulto, primum crebram ambulationem, ad hoc betæ malvæque eſum, poſtremo vomitum præſcribat, & ita perpurgatum mittat Anticyras. Aſt ita tamen diſputare ſolent quidam non infimi ſubſellii juris interpretes, qui explicaturi titulos Juſtiniani, primum quærunt an inſtrumentis notariorum præmittenda ſit invocatio nominis divini? num & Imperatoris nomen & titulus univerſus? an eligi poſſit Imperator, niſi origine Germanus? taliſne fuerit Carolus M.? an & Epiſcopum e gremio Eccleſiæ eligi oporteat? Hinc ad rem ipſam ſe accingentes diſputant, fueritne Juſtinianus orthodoxus? an litteras norit? an & Latinam linguam percalluerit? unde triumphus nomen acceperit? an Imperator ſit mundi dominus, provinciamque Romani imperii alienari poſſit? Valeatne ac rata ſit donatio Conſtantini Magni? En egregiarum quæſtionum farraginem, quibus enodatis, tunc demum intelligi a nobis exiſtimant horribile iſtorum verborum ſecretum; *Imperator, Cæſar, Flavius Juſtinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, inclytus, victor ac triumphator ſemper auguſtus, cupidæ legum juventuti S.* Iidem in explicanda juſtitiæ definitione occupati: anxie quærunt, unde juris nomen deſcendat? cur titulus inſcribatur de juſtitia & jure, ac non potius de jure ac juſtitia? quæ juſtitia a Juſtiniano definiatur? divina, an humana? univerſalis an particularis? commutativa, an diſtributiva? quare JCti ſint ſacerdotes juſtitiæ? an dentur caſus pro amico? cur rectius dicatur voluntas ſuum cuique tribuendi, quam ſuum cuique tribuens? an JCtorum auctoritati cedere debeat auctoritas philoſophorum? Tam egregia ſcilicet doctrinæ ubertas latet in definitione illa Juſtinianea; tantæque molis eſt, explicare decem illa verba: *Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi.* Ludere quibuſdam videbor, & quæſtiunculas nihil ad rem pertinentes fingere, quæ nemini interpretum in mentem venerint. Sed veniſſe illas in mentem non illi Bartoli & Baldi ſoboli, ſed JCtis, qui patrum noſtraque memoria floruerunt, celeberrimis, ex ipſorum commentariis demonſtrare in proclivi eſſet, niſi vel ſuſpicione aliis inſultandi carere mallem. Ita vero leges interpretantibus, non difficile erit conjicere, quam nulla iis cura fuerit ordinis, quem ſemper ſapientiſſimus quiſque plurimi fecit. In tali enim quæſtiuncularum ſibi admodum diſſimilium farragine non magis ordini locus eſt, quam in rudi indigeſtaque mole, ex qua hoc univerſum efformavit Deus. Unde vir elegantis ingenii, M. Antonius Muretus (b) de Gloſſatoribus diſſerens: *Qualem*, inquit, *nobis illi cujuſque generis præceptorum farraginem reliquerunt? ut ſi quis ruſticus hordeum, triticum, viciam, legumina, in unum acervum conferat, non illius acervum horum commentariis exiſtimem perturbatiorem fore. Mihi quidem; quum in eos inſpicio, ſæpiſſime Ovidiana illa de Chao in mentem veniunt:*

Quaque erat & tellus, illuc & pontus & aer.

Non aliter enim apud hos, ubi verbi cauſſa de auctoritate magiſtratuum agitur, dicetur etiam aliquid de teſtamentis: ubi de emtione & venditione diſſeritur, aliquid de pœnis, aut de auctoritate tutorum inſeretur. Nihil eſt denique, quod certam ſedem ac domicilium habeat, nihil, quod non alieniſſimo æque ac ſuo loco pertractatum reperiatur. Inde illæ crebræ ex uno in alium locum rejectiones, quum te, quod hic agendum ac tractandum erat, id jubent ex alio petere, in quo tale quidquam agi, nunquam, niſi admonitus, divinare potuiſſes. Prorſus, ut ſi quis paterfamilias veſtem

non

(a) Terent. *Phorm. Act.* II. *ſcen.* 4. *v.* 18. (b) Muret. *lib.* II. *Orat.* 17.

non in veſtiario, ſed in arca panaria conderet, panem ex puteo hauriret, piſces in nemore; lepores in piſcina incluſos haberet. Apud Ariſtotelem primo Phyſicorum recenſetur opinio veterum quorumdam, in quibus fuit & Anaxagoras, qui quidlibet in quolibet ineſſe dicebant, idque exprimebant hemiſtichio quodam, ut opinor Empedoclis: παν εν παντι μεμικται. Hoc an in Phyſicis vere dicatur, viderint, qui illa tractant: de talium certe interpretum commentariis veriſſime dici poteſt'. Hæc de gloſſatorum libris Muretus, quæ & in melioris ævi commentarios juridicos pleroſque cadere re ipſa deprehendent, qui illos inſpexerint. Denique ultimam interpretis virtutem in ſermonis puritate ac perſpicuitate poſitam eſſe diximus. At neſcio an & hanc extra Cujacii ſcholam adeo multi interpretes ſint adſequuti. Quamvis enim depulſa vetere illa barbarie, purius ſcribere cœpiſſent viri docti: JCtorum tamen libros adeo infecit illud Accurſii abſinthium, ut ſi Papinianus in vitam rediret, nova ei addiſcenda eſſet lingua, illos commentarios legere cupienti. JCtorum enim laudem ſe ſuſtinere poſſe plerique dubitant, niſi lingua Jureconſultorum, id eſt, barbara utantur. Hinc ubique *ſummant, ampliant, ſubampliant, limitant, ſublimitant, caſuant*; ubique *reſolutiones legum* & ſimiles elegantias pollicentur, ubique *practicas practicatas*, & præjudicia in *terminis terminantibus* & clauſulam illam utiliſſimam *rebus ſic ſtantibus* & ſexcenta hujus generis alia tanquam mellitos verborum globulos ſpargunt, quibus condimentis ſi aliquid ſalis adſpergas, elegantiſſima nimirum illa Brocardica quæ vocant, veluti: *caſus voluntatis comprehendit ſub ſe caſum impotentiæ: ab actionibus ad intereſſe libera nos Domine; ſolus cum ſola non præſumitur orare Pater noſter*, & ſimilia: tunc ſane habebis verum venenum aqua Stygia dilutum, cujus afflatu ipſo bonæ mentes exanimantur. Tales ſunt plerique, qui tabernas rumpunt, JCtorum commentarii. Iis itaque an magna utilitas per tot ſæcula allata ſit reipublicæ, & an non melius eorum auctores operam in conficiendis indicibus Juſtiniani conſilio collocaſſent, illi viderint, quorum non amant ſimiles labra lactucas.

Quæ quum ita ſint, ſingulari profecto ac præcipua laude digni videntur pauci illi, ſed boni, quibus meliorem mentem indidit Deus, ut quæ in jure noſtro ſunt obſcura atque ambigua feliciius illuſtrare ac diſtinguere conarentur: Quo in numero (quod ad Inſtitutionum interpretationem attinet,) præter Cujacium, Giphanium, Janum a Coſta & quoſdam alios & ARNOLDUM VINNIUM Jureconſultum eximium, haud poſtremo loco ponendum arbitror. Sane ex quo me juriſprudentiæ dare cœpi, mihi ejus commentarius præ aliis placuit, & ad ſolidiorem doctrinam connitenti maximo fuit adjumento, ut, poſtquam aliis jura interpretari juſſus eram, nullum fere librum auditoribus meis obnixius commendandum judicarem, quam commentarium Vinnii, ex quo ipſe fructum ceperam uberrimum. Vix enim ulla eſt boni interpretis virtus, quæ non in Vinnio noſtro eluxerit. Attulerat ad juriſprudentiam ea præſidia, quæ paullo rariora ſunt in noſtri ordinis hominibus, puta, haud vulgarem Latinarum Græcarumque litterarum facultatem, diffuſam omnis ævi ſcriptorum lectionem, notitiam antiquitatum haud mediocrem, tantum denique ingenii ac judicii acumen, ut nec vulgaribus pragmaticorum ſententiis ipſique Triboniano eſſet addictus, nec Cujacium, Ant. Fabrum Rein. Bachovium, alioſque, ubi novi quid inferunt in artem, cæco impetu ſequeretur, ſed legum rationumque pondera ubique cum cura expenderet, nulliuſque auctoritate ſe pateretur in tranſverſum agi. Deinde id quoque habet Vinnius noſter, ut genuinam Juſtiniani ſententiam ubique cum cura inveſtiget, neque eum pudeat ex philologiæ latifundiis petere, quibus juriſprudentiam locupletaret. Et quamvis myſterium iſtud atque artificium leges ex eodem libro depromtas comparandi conjungendique facilius in pandectis & codice, quam in Inſtitutionibus, uſum ſuum exſerat: nihil tamen reliqui fecit, ut, ex quibus auctoribus vel fragmentis ſinguli paragraphi deſcripti ſint, & quomodo illi a ſuis auctoritatibus diſcrepent, quantum fieri poteſt, oſtenderet, non ut haberet, ob quod inſultaret Triboniano, (in quo muſtaceo multi hodie quærunt laureolam,) ſed ut rationem ejus mutationis redderet candide. Laudanda quoque eſt Vinnii noſtri opera, quam in conferenda Theophili paraphraſi poſuit, ſane quam utiliſſima. Quamvis enim pleriſque vapulet hic Theophilus, & aliquando ab iis quoque, qui eum nunquam evolverunt, exagitetur; permultum tamen lucis eum fœnerare Inſtitutionibus, Car. Hannibal Fabrotus, cujus verba quædam ſupra dedimus, pridem evicit. Et ſane non hic nobis res eſt cum Theophilitze quodam, quem aliqui verbis quibuſdam Cujacii (a) decepti Accurſio faciunt juniorem, ſed cum Theophilo, viro illuſtri, & Anteceſſore, cujus opera ipſe Juſtinianus in conficiendis Inſtitutionibus uſus eſt. Hunc ipſum enim eſſe illum paraphraſten, multis argumentis conſtat. Primo Theophilum, Triboniani συνεργὸν, Anteceſſoris munere Conſtantinopoli functum novimus (b). Anteceſſorem autem etiam paraphraſten fuiſſe, inde adparet, quod in codicibus vetuſtis ſingulis libris illa ſubnectuntur: πληρωθη ἡ α (β γ δ) Ινστιτουτιων Θεοφιλου

(a) Cujac. *Recitat. ad tit. Inſt. de action.* (b) Conſt. *Tanta*. §. 9. *de conf. Digeſt.*

Αντικηνσωρ *felicitèr*. Eumdem deinde Conſtantinopoli vixiſſe, inde patet, quod ubicumque ejus facit mentionem, eam vocat ταυτην την πολιν vel ταυτην την βασιλευουσαν πολιν, *hanc urbem* vel *hanc regiam urbem* (a), uti ſolent, qui urbis, in qua vivunt, meminerunt. Deinde, quum Theophilus Anteceſſor Juſtiniani temporibus floruerit: ejuſdem ætatis eſſe paraphraſten noſtrum, res ipſa docet. Quemadmodum enim omnes qui Juſtinianum anteceſſerunt, Imperatores Chriſtianos ita deſcribit, ut eos inter homines non amplius fuiſſe, ſtatim adpareat, veluti ubi meminit Ζηνωνος της θειας λη;ξεως (b), itemque της θειας ληξεως Ιυςινυ (c), ita Juſtinianus ipſi ſemper eſt θειοδατος ἡμων δεσποτης, ἡμετερὸς βασιλεως, ευσεβεςατος ἡμων βασιλευς, ὁ μεγαλοδατος ἡμον βασιλευς, *ſacratiſſimus Dominus noſter*, *Imperator noſter*, *Imperator noſter piiſſimus*, *clementiſſimus noſter Imperator* (d), quemadmodum & Theodoram την ευσεβεςατην ἡμων δεσποιναν, *piiſſimam dominam noſtram* (e) & conſtitutionem Juſtinianeam διαταξιν εν εγγυς εξενεχθεισα, *conſtitutionem nuper promulgatam* (f) adpellat. Quæ ſane omnia non ſunt verba de principe dudum fatis functo differentis. Accedit, quod Theophilus ſæpe paraphraſi ſuæ intexit formulas antiquas & ritus veteri juriſprudentiæ proprios, quos quum judice Fabrotto (g) non aliunde, quam ex Caii, Ulpiani, aliiſque veterum JCtorum libris, depromere potuerit, ſatis profecto manifeſtum eſt, eum ante commune iſtud illorum librorum naufragium vixiſſe, verſatiſſimumque fuiſſe in iſtorum operum lectione. Quod denuo non in Theophilitzen quemdam, Græculum novum, ſed in celeberrimum illum Scholæ Conſtantinopolitanæ Anteceſſorem, Theophilum, cadit. Denique, quod palmarium eſſe, vir eruditiſſimus, & collega olim conjunctiſſimus, Nicolaus Hieronymus Gundlingius (h) obſervavit, Theophili noſtri paraphraſin jam Thalelæus laudavit, & ille quidem, quem cum Triboniano, Theophilo aliiſque pandectas compoſuiſſe, eaſque poſtea κατα ποδα vertiſſe noviſſimus. Quod quum & Fabrottus (i) viderit, mirum ſane eſt, virum ipſum doctiſſimum Theophilum Juſtiniano non quidem multo juniorem a Theophilo tamen pandectarum & Inſtitutionum architecto diverſum credidiſſe, quaſi ipſe paraphraſtes ætatem ſuam non multis iiſque luculentiſſimis prodiderit indiciis. Quod ſi itaque Theophilus noſter fuit Juſtiniano συγχρονος, ceu hactenus mihi videor demonſtraſſe: gratiſſimum procul dubio cupidæ legum juventuti fecit Vinnius, quod eum diligenter conſuluerit, & inde textum Inſtitutionum vel ſtabiliverit, vel explicarit. Nec minus laudandum videtur ſingulare veritatis ſtudium, quod idem ubique præ ſe tulit, dum manum ad ſcribendum adpulit. Rationibus enim ſolidis legumque auctoritate munivit omnia quæ docuit, nec in ullius juravit verba magiſtri. Tantum etiam abeſt, ut more gloſſatorum quævis convellere ac in dubium vocare ſtuduerit vir doctiſſimus, ut pleraſque iſtas lites erudite finiverit, & pleramque optimam maximeque legibus conſentaneam elegerit opinionem, eamque ita firmarit, ut aliquando & invitos in ſententiam ſuam pertrahere videatur. Ordo porro, quo utitur, ipſi rei quam maxime convenit. Textum explicat accurate, ſcrupulos, quos injici lectori poſſe prævidet, cum cura eximit: ipſam doctrinam, quæ quovis loco proponitur, egregie illuſtrat, nec diſſimulat, quæ vel novis Juſtiniani conſtitutionibus vel deſuetudine & moribus patriis mutata aliter in foro obſervantur. Nullos hic videbis exceſſus, ad rem nihil pertinentes, nullas quæſtiones otioſas & intempeſtivas deprehendes: Nec hic obſervabis a Vinnio, tanquam a coquo Plautino, diverſa jura confundi. Nam ubique jus Romanum a moribus patriis accurate ſejungit, & nihil facit reliqui, ut utriuſque principia a lectore ſuo intelligantur. Denique & oratione utitur, non quidem calamiſtris intorta, ſed pura tamen, & ſatis plerumque Latina, ut ſaltim non adfectaſſe videatur illam barbariem, qua pleroſque JCtos commentarios ſuos inquinaſſe diximus. Quo gratior mihi fuit opera, quam a me vir integerrimus, novam hanc editionem meditatus, flagitavit. Quum enim intelligeret, me quædam margini exemplaris mei, ut fieri ſolet, adnotaſſe: non dubitavit a me petere, darem operam, ut Vinnii hic commentarius & nitidior & emendatior prodiret. Et ſane nihil, quod mearum erat partium, prætermiſiſſem, ſi paullo plus temporis ad eam rem fuiſſet conceſſum. Quantum tamen a me præſtitum putem paucis accipe. Primo totum commentarium & relegi & recenſui, & quidem ita, ut non modo aliquot millena ſphalmata quæ in priorem editionem irrepſerant, ſuſtulerim, ſed & interpunctiones, antea vitioſiſſimas, vel plane omiſſas, reſtituerim diligenter. Deinde Auctores, quos laudat Vinnius, pleroſque evolvi, & ubi ipſe ſolum librum expreſſerat, ego capita etiam & aliquando paginas adjeci, ne lectori loca illa evoluturo iſtud quærendi tædium eſſet devorandum. Præterea notulas quaſdam ſeu additiones, quas a Vinnianis primis nominis mei litteris: Heinn. diſtinxi, paſſim inſertas animadvertes. Eas quum jam olim exemplaris mei margini alleviſſem, ideo edi paſſus ſum,

(a) Theoph. §. 7. *Inſt. de ſatiſdat.* (b) Theoph. §. 54. *Inſt. de act.* (c) Theoph. §. 3. *de donat.* (d) Theoph. §. 1. *de uſuc.* §. 3. *de donat.* §. 7. *quib. al. licet* §. 7. *proœm.* (e) Theoph. §. *ult. Inſt. de uſuc.* (f) Theoph. §. *ult. Inſt. de uſuc.* (g) Fabrot. *Præfat.* ad Theoph. *Inſt.* (h) Gundlingian. *Part.* 11. *Obſ.* 11. (i) Fabrot. *ibid.*

ſum, quia quarundam me ne nunc quidem pœnitet. Sunt eæ non unius generis. Quædam illa, quæ a Vinnio non adeo plene traduntur, ſupplent: aliæ non ſatis accurate poſita emendant: ſunt etiam, quæ quaſdam conjecturas de legibus a Vinnio vel emendatis vel explicatis proponunt Lectoriſque judicio ſubmittunt. Non exiſtimo futurum, ut mihi id auſo quiſquam ſuccenſeat? Quæ enim injuria eſt, alieno libro adſpergere notulas? Et quid facilius erit Lectori, cui mea haud placebunt, quam breves illas ſtricturas prætermittere, maxime quum & paucæ ſint, nec adeo multis paginis librum reddant auctiorem? Si qua in re ſtilus lapſus ſit, id in meliorem partem interpretabuntur; quibus aliquis candor ineſt, quum feſtinantibus operis plagellæ inter alias occupationes & in medio luctu domeſtico, deſcriptæ & ſæpe vix relectæ Lugdunum tranſmittendæ fuerint. Emendationi præfuit ipſe, qui ſumtus fecit, vir integerrimus. Quumque is & ob ſollertiam & ob linguæ intelligentiam par omnino ſit huic operi, & jam plura ejus dexteritatis dederit documenta: res ipſa quam quoque oſtendet, veriſſimum eſſe; quod ſcripſit poeta: (a).

Dominum videre plurimum in rebus ſuis.

Tu, Lector, fruere editione, omnibus anterioribus, ſi quid video, meliore, mihique, Tua cauſa omnia volenti, fave, & ex voto Vale. Franequeræ Friſiorum x. Kal. Mar. CIↃIↃCCXXVI.

(a) *Phædr. lib. II. fab. 8. v. 25.*

JACOBI GOTHOFREDI JCTI
HISTORIA ET BIBLIOTHECA
JURIS CIVILIS ROMANI.

HISTORIA, SEU PROGRESSUS
JURIS CIVILIS ROMANI.

JURISPRUDENTIÆ Romanæ (quæ ſeſe apud omnes pene gentes, qua Europa porrigitur, ceu fontem boni & æqui; jamdudum commendavit) operaturo, ante omnia ejus initia, & proceſſum, i. e., a quibuſnam carceribus ad quas metas, per quos paulatim gradus & tramites decurrerit, ſervata temporum lege, noſſe oportet; quod Pomponius *in l. 2. ff. de orig. jur.* attigit magis, quam expoſuit. Duplici fine; ut ita nempe juris ſtudioſus noverit, ex quibus Juris partibus, & ex quorum ſcriptis coaluerit, ſeu coagmentatum ſit corpus illud *Juris Civilis*, quod Juſtinianum habet auctorem, quodque Jurisprudentiæ fundus hodie eſt: tum etiam, ut hac hiſtoriæ & Chronologiæ facula accenſa eo certius & felicius in pleriſque pedem de cetero figere liceat. ¶ Igitur, ut ceteroquin ad Reip. ſtatum comparata eſt omnis Nomotheſia, & vero triplicem Reip. Rom. ſtatum, ſeu tres ætates ſpectare licet, ita per eas nobis & ſingulas ducenda hæc inquiſitio erit, quantum juris tironi ſufficit, neque ultra.

CAPUT I.

De Juriſprudentia REGIORUM *Temporum.*

PRIMA ætas, ſeu primus Reip. Rom. Status, Regius fuit, cujus initium conſurgit an. 750. ferme ante Chriſtum annis; per ſeptem Reges ducta ſerie, ſpatio ducentorum 44. annorum. Igitur, ut initio Civitatis omnia manu Regum gubernabantur, ita ab his paulatim leges variæ latæ, unde hæ leges *Regiæ* dictæ. Ita tamen, ut Reges harum legum apud populum auctores eſſent: populus ipſe in triginta partes ſeu Curias, mox & in Centurias diviſus; eas probaret, ſanciret; Unde *Curiatis et Centuriatis* legibus nomen. Eas leges omnes illis jam temporibus unum in corpus compegerat Sex. Papirius: a quo Collectio ille jus *Civile Papirianum* audiit. Exinde poſtea leges aliquot in 12. tabulas transfuſæ: quinimo aliquam adhuc etiam ex his memorat Marcellus, *in l. 2. ff. de mortuo inf.* De quibus dicam aliquid adhuc in Bibliotheca juris Romani.

CAPUT II.

De Juriſprudentia Romana ſub LIBERA REPUBLICA.

SECUNDA ætas, ſeu ſecundus Reip. Rom. ſtatus popularis fuit, liberæ Reip. ducta ſerie per 500. circiter annos, ad Aug. Imperatorem. Hujus vero ætatis, quod Juriſprudentiam attinet, tres Epochas, tria momenta conſtituo, puta Ανομιας, ισονομιας, ἀνομιας.

Prima, inquam, Epocha liberæ Reip. Rom. intra *ſpatium* LX. annorum eſt *ανομιας*, ſeu incerti juris. Poſt Reges quippe exactos, ſimul & cum his legibus eorum abolitis, ne qui videl. Regiæ poteſtatis umbra ſupereſſet, exceptis legg. Servii de Contractibus, quæ paulo ante a Tarquinio Superbo abolitæ, nunc in uſum revocatæ a Coſſ. & Tribunis leges de ſtatu quidem publico, & Reip. ad populum perlatæ. Etenim ipſe pop. Rom. in privatis controverſiis incerto magis juris & conſuetudine, quam per latam legem egit: Coſſ. videlicet Patriciis, & potentioribus pro arbitrio ſuo, nullo ſatis legum præſcri-

ſcripto, jura reddentibus, & pauciſſimis tantum legibus in Pontificum libros relatis: unde ſeditionum & diſcordiarum ſæpe materies enata.

Secunda ita mox ſtatus Popularis Epocha ſecuta *ισονομιας* ſc. & *ισηγορια* in æquabilis Juris conſtituti, & fundatæ legibus Reip. Nempe, cum aliquot jam ante annis frequens mentio a Tribunis plebis mota, imo rogatio lata fuiſſet, *de legib. ſcribendis*, tandem A. V. C. 300. agente Romilio, vicit ea ſententia, & quidem vitandæ invidiæ, ut leges *επεισακτοι* (i. e. adventitiæ vel extraneæ) æquabiles a Græcis peterentur: & ſexennium ferme integrum ea de re abſumptum. Miſſi quippe tres legati ad Græcos, qui triennio poſt reverſi: At anno proximo creati Decemviri, legibus ſcribendis, in his Appius Claudius & Romilius fuere: & præſcriptæ primum ab his decem Tabulæ, accitis & derivatis in eas quæ uſpiam egregia apud Græcos erant, idque opera Hermodori cujuſdam Græci Interpretis. Sed & anno proximo V. C. 304. duæ tabulæ ſuperioribus 10. (aſſumptis nonnullis velut ſurculis ex Regiis legib., tandem & traductis quibuſdam ex veteri jure & moribus ſuis *εκ των εθισμων αγραφων*) additæ ſupplementi vice. Sic tandem (anno V. C. 303. poſt Reges exactos annis 60., ante Chriſtum natum annis 440.) 12. Tabulæ in æs inciſæ publiceque propoſitæ fuerunt. Hic fundus jam & fundamentum & penu totius Juris Rom. deinceps fuit; finis Juris æqui, fonſque omnis publici privatique Juris. Quare ob legum iſtarum fontes & capita, non veritus Cic. hunc 12. Tab. libellum omnium Philoſophorum Bibliothecis, auctoritatis pondere, & virilitatis ubertate, præferre: Tandem & evaſerunt in carmen ſolemne, ſic ut foro olim deſtinati a pueris, hoc velut carmen addiſcerent. Atque hæ ſunt duodecim illæ Tabulæ, quarum ut frequentiſſima in jure mentio fit, ita varia ſubinde jura inde derivata ad *Ανομιαν*.

Tertium igitur, ſeu poſtremum exinde ſtatus popularis momentum ſequitur, *Ανομιαν* videlicet poſt leges 12. tabularum ſemel latas, per annos ferme 440. Id eſt, poſteaquam fundata ſemel Reſpub. Rom. legibus fuit, validum juris augmentum & incrementum accepit. Cujus cauſas fonteſque ſex in univerſum reperio.

I. *Prima* eſt *diſputatio fori*, i. e. Prudentum interpretatio ad leg. 12. tab.: nam quia non omnia propalam his legibus comprehenſa fuerant, neque comprehendi potuerant, interpretatione Prudentum aliud ſubinde ex alio conſequens exinde elicitum, quod videlicet ad eandem utilitatem tenderet: & ad ſimilia procedendo, tritura quadam & exercitatione forenſi, ſine ſcripto ullo in morem & uſum tranſeuntibus. Unde jus illud *moribus* introductum dicitur, vel etiam proprio vocabulo *Jus Civile*. Sic ſpecies hæc juris ex 12. tab. fluxit.

II. Secunda ſpecies & occaſio fuerunt *Legis actiones*, quæ ex lege 12. tabul. proficiſcebantur. Nempe de iis, quæ ea lege comprehenſa erant, certæ & ſtatæ quædam formulæ a Prudentib. compoſitæ fuerunt, quibus inter ſe homines diſceptarent, eæque in uſum forenſem deductæ: unde *legis actiones* dictæ, quæ hodie *ſtili* appellationem merentur: eaſque a collegio Pontificum peti tum oportebat. Verum 100. ferme poſt annis ab Appio Claudio Centumano in formam & librum redactas legis actiones, ſcriba ejus Cneus Flavius *evulgavit*, & toti foro expoſuit: ac gratiſſimum id munus populo viſum, magnoque penſatum. Inde pars hæc juris, *Jus. civile Flavianum* dictum eſt. Sed enim adauctum mox a Sexto Ælio, qui Tripartita ideo ſcripſit: ibi quippe ipſa lege 12. tab. propoſita, interpretationem primum, mox & legis actionem ſubtexuit, atque inde *jus Ælianum* dictum.

III. Tertium incrementum ſunt *Leges ſingulares*, ſubindeque novæ a populo pro Reip. neceſſitate latæ; quarum ut frequentiſſima tum in jure, tum alibi mentio: ita collectæ hodie in unum Clarorum Virorum opera, de quo in Bibliotheca juris.

IV. *Plebiſcita* quoque a plebe ſola quamplurima lata, ſed quæ pro legibus habita, ſic ut omnes cives ea tenerent, ex lege Hortenſia; immo & in legum nomen tranſiere. Exemplo poteſt eſſe lex Aquilia.

V. Per *Pratores* quoque, 80. & quod excurrit; poſt 12. Tabb., annis, inſtitutos, penes quos ſummum in jure dicendo inter privatos imperium eſſet, quique Juris Civilis cuſtodes eſſent, evocatis jam belli cauſa Coss. non minimum Juriſprudentia profecit. Nam etſi ab initio annua tantum eſſent eorum Edicta (prout etiam annuus eorum erat Magiſtratus,) quæ ſcilicet initio Magiſtratus ſui in albo publice proponebant, ut ita ſciret populus qua de re quomodo in anno ſuo jus dicturi eſſent: Attamen, cum ea edicta ab æquitate commendarentur quamplurima: vice verſa, cum momentaneis & arbitrariis hujuſmodi edictis ambitioſorum Prætorum gratiæ multum liceret, Lex Cornelia 300. poſt annis, A. V. C. 686. a Tribuno plebis rogata, ut Prætores ex edictis ſuis perpetuis jus dicerent: Inde Servius JC. (15. annis ferme poſt, ante Chriſtum natum 50.) duos libros *ad Edictum* ſubſcriptos breviſſime reliquit. Eum excepit diſcipulus Ofilius, qui primus edictum Præ-

Prætoris diligenter compoſuit, circa Julii, vel Auguſti tempora. Quare Cic. jam illis temporibus ſcribebat, ut olim a 12. tabulis, ita nunc Prætoris edicto juri operam daturus initiandos fuiſſe.

VI. *Juriſconſultorum* etiam ſcientia quamplurimum juriſprudentia profecit: non modo publica profeſſione, qualem primus inchoaſſe memoratur circa A. V. C. 500. Tiberius Coruncanius: verum ac potiſſimum ſcriptis eorum, ſeu reſcriptis & reſponſis: ſcriptis, inquam, quibus tum regulis & actionibus forenſibus conquiſitis, collectis, Jus civile fundare & conſtituere niſi ſunt: quinimo formulas ſubinde novas induxere, ſuperiorumque ſcripta notis ſuis in melius perduxere: reſcriptis, ſeu reſponſis, ad conſultationes vid. Judicum & aliorum: Quæ tanti viſa, ut ab his vix judices recederent; & licet vim legis ipſo jure non obtinerent, ipſa tamen æquitate & neceſſitate commendabilia paſſim oſtentarentur.

In tantum denique per hos gradus profecit hac ætate Juriſprudentia, ut mole ſua laborare videretur. Unde jam tum conſilium Craſſo, Pom. Tullio, Cæſari, *de Jure civili in artem & ad certum modum redigendo*, & in pauciſſimos libros ex immenſa diffuſaque legum copia conferendo.

Caput III.

De Juriſprudentia ſub Imperatoribus.

POSTREMA ætas Reipub. Roman. ſucceſſit Monarchiæ Rom. Hac ſane tempeſtate, etſi Imperatorum conſtitutionibus potiſſimum profecerit Juriſprudentia, attamen & aliis rationibus ex eorundem Principum auctoritate maximum incrementum ea cepit.

Nam, ut maxime poſteaquam poſt Principis Imperium res juſque populi omne venit, atque adeo & juris conſtituendi poteſtas ad Principes tranſiit: ultro tamen nonnullas alias juris conſtituendi vias Principes probarunt, & juris vim iiſdem tribuerunt.

Primum enim inter initia principatus *Leges* adhuc complures a populo, veteri ritu, Auguſto auctore tantum, non Julio latas, deprehendere licet, (unde *Juliis* legibus tot nomen), Comitiis de Campo Martio ad Patres nondum translatis, quod a Tiberio demum factum. Ita veteris libertatis inſtar, umbraque & ſimulacrum quoddam ab Auguſto relictum, a Tiberio ademptum, ne alioquin vis principatus (ut ejus verba erant) reſolveretur: *Cujus ea conditio eſt, ut non aliter ratio conſtet, quam ſi uni reddatur.*

Secundo, *Senatui* quippe poſtea auctoritatis umbra, ſeu ſimulacrum aliquod hac parte in jure privato conſtituendo relictum. Nam quæ Principes de jure privato conſtituturi eſſent, Orationibus in Senatu prius complectebantur, de his cenſendi arbitrio Senatui relicto; eas deinde orationes Senatusconſultum ſequebatur. Quare, quod uno loco Oratione introductum dicitur, id alibi Senatusconſulto tribuitur. Ideoque Principes ipſi horum auctores dicti. Atque hæc ſunt *illa Senatusconſulta*, quorum tam multa mentio in jure. Quæ ſane obſervare eſt, ibi incipere, ubi Leges deſinunt, id eſt a Tiberii principatu: deſinere vero, ſeu procurrere ad Marcum Imper. uſque. Ultra quem nulla amplius Senatusconſultorum de jure privato conditorum mentio occurrit.

Tertio & *Juriſconſultorum* ſcientiæ ſua ſteti: & quædam auctoritas: In tantum, ut & JCti ex Principis jam inde ab Auguſto auctoritate, non ut antea privata, publice reſponderent, & rurſus ſcripto, non verbo: atque ita major juris hujus auctoritas facta fuerit. Addatur his magna JCtorum frequentia circumfuſos Principes, ex quorum ipſi conſilio jura dicebant, condebant, ut non plures, aut potiores Prudentes alia ætas tulerit, quam hujus ætatis prima Epocha. In tantum, ut quorundam tandem ſcriptis, vim *lectionis* (ut loquebantur), i. auctoritatem allegationis in judiciis, vimque legis Principes tribuerint.

Veniat quarto loco, & in hunc cenſum *Edictum perpetuum:* nam cum edicta Prætorum ante incerta forent, ad ultimum, centum & quod excurrit poſt Ofilium annis, 15. Hadriani Imp. anno, ejuſque juſſu circa A. D. 102. Edictum perpetuum a Juliano JC. ordinatum fuit: non modo Prætorum edictis compilatis, & in ordinem ac titulos coactis; verum & de ſuo aliquammultis additis, aliis detractis, immutatis. Et opus hoc adeo probatum fuit, ut antiquata jam lege 12. tabul. in quamplurimis, hæc major & potior juriſprud. pars extiterit; Hicque jam fundus ejus habitus; eoque velut æquiſſimo jure Imperatores uti voluerint: atque exinde jam dimidia ferme pars ſententiarum in Pandectas relatarum, conſtet.

Extra hæc quatuor, quæ dixi (puta leges nonnullas, Senatusconſulta, Juriſconſultorum ſcripta, & reſponſa, & edictum perpetuum), potiſſimam Juriſprudentiæ partem ſub hoc ſtatu monarchico Principum Conſtitutiones fecere: ſive ipſi inter partes cognoſcerent, decernerent, unde *Decreta & Cognitiones* Imperatoriæ: ſive ad libellos privatorum & conſultationes Magiſtratuum reſcriberent, unde *Reſcripta* Principum: ſive generale Jus publice conſtituerent & edicerent, unde *Conſtitutiones* proprie & *Edicta* Prin-

cis

cipum: ſive JCtorum diſſenſiones deciderent, unde *Deciſiones*: Ejuſmodi ſunt 50. Juſtiniani.

Caput IV.

De Prima Epocha *Imperatorum*.

TRES porro Epochas ſtatus hujuſce monarchici conſtituo. Prima eſt *Gentilium* Imperatorum, per trecentos 50. circiter annos, ab Auguſto Imp. ad Conſtantini M. initia, ſeu A. D. 306. uſque: quibus poſt Auguſtum imperarunt Tiberius, Gajus, Claudius, Nero, Veſpaſianus, Titus, Domitianus, Nerva, Trajanus, Adrianus, Antoninus Pius, Divi fratres (i.M. Antoninus Philoſophus & Verus), Marcus ſolus, Marcus cum Antonino (i. Commodo filio ſuo), Commodus, Pertinax, Severus, & Antoninus F., Antoninus Caracalla ſcil. Antoninus Heliogabalus, Alexander Severus, Maximinus, Gordianus: Philippi Impp. Decius, Gallus, & Voluſianus, Valerianus Galienus, & Valerianus Cæſar, Gallienus, & Valerianus, Claudius, Aurelianus, Probus, Carus, & Carinus, & Numerianus: Diocletianus, & Maximianus: Conſtantinus: Maximianus Auguſti, & Severus ac Maximianus Cæſares. Ab his omnibus, ut variæ conſtitutiones proceſſerunt, quarum mentio paſſim fit tum apud Hiſtoricos, tum in ſcriptis JCtorum, & in Principum poſteriorum conſtitutionibus, ita ſequentium nominatim, jam inde ab Adriano, Principum conſtitutiones in duos Codices, Gregorianum, & Hermogenianum (quorum fragmenta quædam hodienum extant) per titulos conjectæ fuerunt: privatane an publica auctoritate conditi fuerint, in incerto eſt: At proculdubio de Compilatorum nomine ita dicti. Neque de illo ſatis hactenus conſtat, cur ab Hadriano (cujus etiam unica tantum conſtitutio in Codice refertur, puta *lex* 1. *C. de teſtamentis*), neque ultra, aſſurrexerint aut Codices illi, aut poſtea Juſtinianus. Mihi mens ea, id ideo factum, quia nova quædam Juriſprudentiæ ratio ab Hadriano cœperit, tum edicto perpetuo conſtituto, tum quia ſectæ JC., de quibus poſtea, tum pene refrixerint: denique, quia publice reſpondendi cuique pro arbitrio ſuo jus factum: Ut proinde novi Juris, ac novæ Juriſprudentiæ auctor Hadrianus Codicibus illis initium dederit: pariter ut ſecundæ Epochæ novitas, novo Codice Theodoſiano, de quo mox.

Caput V.

De Secunda Epocha *Imperatorum*.

SEcundam Epocham Imperatoriarum Conſtitutionum faciunt Principes Chriſtiani, a Conſtantino M., qui primus Imperatorum Chriſtianus fuit, ad Theodoſium Juniorem uſque, ſeu ad A.D.438. ſpatio circiter annorum 130., hoc ordine: Conſtantinus M.: Conſtantinus, Conſtantius, Conſtans: Conſtantius & Conſtans, Conſtantius ſolus: Conſtantius Aug., & Conſtans Cæſar (id eſt, Gallus) Conſtantius Aug. & Julianus Cæſ.; Julianus Aug. Jovinianus, Valentinianus & Valens: Valentinianus, Valens & Gratianus, & Valens Gratianus & Valentinianus Jun. Gratianus; Valenrinianes Jun. & Theodoſius: Valentinianus Jun., Theodoſius & Arcadius: Theodoſius & Arcadius, Theodoſius, Arcadius Honorius, Arcadius: Honorius, Arcadius Honorius Theodoſius, Jun. Honorius, Theodoſius Jun. & Conſtantinus Cæſar: Honorius Theodoſius, Theodoſius & Valentinianus III. Horum Principum Chriſtianorum igitur, ſuaſque ad id tempus de rebus tum ſæcularibus, tum Eccleſiaſticis conſtitutiones, octo viris ad id delectis, Theodoſius jun. unum in Godicem ſeu corpus colligendas commiſit. Et vero in ſedecim libros relatæ, eo codice, qui ideo *Codex Theodoſianus* dicitur. Quique ideo a nonnullis veterum, *Novas leges legitimorum Principum* continere dicitur, eo quod ex Chriſtianorum Principum conſtitutionibus conſtaret.

Caput VI.

De Tertia Epocha *Imperatorum*.

P*Oſtrema* Epocha eſt eorum Imperatorum, qui deinceps ſecuti ad Juſtinianum Imperatorem: eaque centum circiter annorum, ab A.D. 438. ad annum 534., hoc ordine. Præter Theodoſium & Valentinianum III. Valentinianus & Martianus: Martianus ſolus: Leo & Majorianus: Leo & Severus: Leo ſolus: Leo & Anthemius. Leo Junior & Zeno; Zeno ſolus, Anaſtaſius: Juſtinus & Juſtinianus: Juſtinianus ſolus. Atque horum Principum conſtitutiones ſuas & peculiares collectiones meruere: & quidem ſub *Novellarum* nomine, eo quod noviſſime poſt Codicem Theodoſianum editæ eſſent: uſque quo ad Juſtinianum deventum eſt, de cujus inſtituto paulo poſt.

Caput VII.

De Juriſconſultis, *eorum ſucceſſione, ſectis, ſcriptis*.

PRius enim de JC. omnibus, eorum ſectis & variis ſcriptorum generibus, tam ſub libera Rep., quam ſub ſtatu Monarchico, ſingillatim moneri oportet. Vario & multiplici uſu, non tantum ne ad Juris Civilis libros accedenti-

bus, veterum Auctorum nomina incognita eſſe poſſint, quod ſuo jam ſæculo Ammianus Marcellinus cauſidicis nonnullis exprobrabat: Verum, ac potiſſimum, ut ad temporum ordinem diſpoſitis JC. quis, item cujus ſectæ fuerit, quæ eorum ſcripta ſint, in quibus luſerunt, Juſque adauxerunt, probe intellectis, & juris ipſius proceſſum, & vim plerarumque legum, denique conciliandarum legum rationes tenere poſſimus.

Succeſſio JCtorum 315. hæc ferme tenenda eſt ante Ciceronem. SUB LITTERA REP. hi hoc ordine fuerunt.

Pub. vel Sext. Papirius.
Appius Claudius, unus e Decemviris circa A. V.C.300.
Appius Claudius Centimanus Cæcus A.V.C.440.
Appius Claudius 3.
Sempronius coætaneus.
Q. Mucius Augur.
Tiberius Coruncanius circa A.V.C.470.
Sext. A. V. C. 555.
P. Ælius A. V. C. 558.
Scipio Naſica.
P. Attilius.
M. Porcius Cato.
M. Manilius A.V.C. *600*.
P. Mucius A.V.C. *620*.
Lælius Brutus.
M. Junius Gracchanus circa A.V.C. *630*.

¶ CICERONIS ævo ante Julium C.

P. Rutilius Rufus. Cos. A.V.C.*648*. ante Chriſtum 102.
P. Verginius.
Q. Tubero.
Sextus Pompejus.
Cœl. Antipater.
Lucius Craſſus Mucianus.
Q. Mucius Scævola circa A. V. C. *660*., ante Chriſtum 90.
Gallus Aquilius, Mucii auditor.
Balbus Lucius.
Sext. Papyrius.
G. Juventius.
Cornelius Maximus.
Servius Sulpitius circa A.V.C. 700. ante Chriſtum 50.
Antæus.
Sextus Ælius Druſus.
Granius Flaccus.
Pac[illegible].
Puteolanus.

¶ Sub CICERONE, JULIO CÆS. & AUGUSTO.

[illegible] Caſcellius.
[illegible] Trebatius Teſta.
Antiſtius Labeo, Servii diſcipulus.
C.Aul. Ofilius, Servii diſcipulus.

¶ Poſt CICERONEM ſub Auguſto, poſt natum Chriſtum.

Alfenus Varus, Servii diſcipulus.
Feneſtella.
Aufidius Tucca, Servii diſcipulus.
G. Atejus Pacuvius, Servii diſcipulus.
Priſcus, Servii diſcipulus..
Cinna, Servii diſcipulus.
Blæſus.
C. Ælius Tubero.
T. Cœlius, Servii diſcipulus, poſt Trebatium.
Publ. Gellius, Servii diſcipulus.
Aufidius Namuſa, Servii diſcipulus.
Atejus Capito.
Labeo Antiſtius, Trebatii diſcipulus.
Vitellius.

¶ Sub TIBERIO, GAJO, CLAUDIO NERONE.

Ælius Gallus.
Maſſurius Sabinus.
Nerva pater.
Favius Mela.
G. Caſſius Longius circa Ann.Domin. 30.
Arrianus.
Carſilius.
Proculus.
Sex.Pædius, ſub Gajo & Claudio.

¶ Sub VESPASIANIS.

Attilicinus.
Urſejus Ferox.
Priſcus Fulcinius.
Vivianus.
Plautius.
Pegaſus.
Nerva filius.
Cœlius Sabinus.

¶ Sub TRAJANO & HADRIANO.

Minicius Natalis.
Juventius Celſus P.
Priſcus Javolenus Magiſter Juliani; *l. 5. ff. de manumiſſ. vind.*
Celſus F.
Ariſto.
Octavenus.
Neratius Priſcus.
Fuſidius.

¶. *Sub* ANTONINO PIO.

Severus Valerius.
Salvianus Julianus.
Papyrius Fronto.
Terentius Clemens.
Jun. Mauricianus circa A.D.*167*.
Publicius.
Pactumejus Clemens.
Campanus.
Valens.
Vindius Verus.
Sex. Cæcilius Africanus.

¶ *Sub* DIVIS FRATRIBUS & MARCO SOLO.

Papyrius Juſtus.

Ga-

Gajus, poſt A. D. 167.
Venulejus Saturninus.

¶ *Sub* Marco & Commodo.

Pomponius.
Voluſius Mæcianus. v. l. 90. *de pactis*, *l.* 17. *de jure patr.*
Marcellus poſt Ann. D. 168. v. l. 6. in fin. *ff. mandati*.

¶ *Sub* Commodo.

Q. Cervidius Scævola.
Florentinus.
Taruntenus Paternus.

¶ *Sub* Severo.

Arrius Severus.
Tertullianus.

¶ *Sub* Severo & Antonino Caracalla, poſt A. D. 202.

Arius Menander.
Papinianus.
Calliſtratus.
Furius Anthianus.

¶ *Sub* Antonino Caracalla.

Martianus Meſſius.
Tryphoniuſ.
Paulus.
Ulpianus.
Licinius Rufinus.

¶ *Sub* Alexandro Severo.

Æmil. Macer.

¶ *Sub* Gordiano.

Modeſtinus, circa Ann. D. 240.

Atque hic JCtorum finis eſt, hic oracula JCtorum obmutuere, ſic ut ultimum JCtorum Modeſtinum dicere vere liceat, ceſſim & retro collapſa jam Juriſprudentia. Itaque qui deinceps ſucceſſerunt JC. cujuſmodi aliquammultos obſervare licet, (& quidem inter alios INNOCENTIUM, quem multis prædicat Eunapius; ejuſdemque mentio apud Ammianum Marcellinum); item ANATOLIUM nudam docendi, & profitendi publice provinciam Romæ, Conſtantinopoli, Beryti, ſuſceperunt: Jus autem neutiquam adauxerunt: ſive quia prioribus pares eſſe non poterant: ſive occupata jam & exhauſta ab aliis materia, ſic ut ad ſummum Juriſprudentia perveniſſet: ſive denique barbarie paulatim invaleſcente, atque incuria ſolidæ eruditionis; quo alioquin pertinet querela Ammiani Marcellini, *lib.* 30., querela Theodoſii Junioris, *in novella de auctoritate Cod. Theo.*, & Conſilium auctoris, qui eodem Theodoſio Jun. fuit ſubditum Notitiæ Imperii.

Hinc denique factum, ut non aliud inſecuti JC. præſtiterint, quam ut vetera excolerent, colligerent, improbarent, quod Bibliotheca juris oſtendit: quorum numero tres reperio.

Sub Constantino M., & ejus Filiis.

Hermogenianum, Aurelium, Arcadium, Chariſium, & Julium Aquilam.

Et hæc de Prudentum ſucceſſione: ſequitur de eorumdem *Seceſſione*, ſeu ſectis. In varias ſcilicet ſectas ab JCtis receſſum, jam inde Auguſti temporibus; & verſo in principatum Reip. ſtatu, a pauciſſimis licet initio principiis, quibus diſcordarent, latiſſime tamen poſtea diffundente divortio: Hinc igitur ſtare *Caſſiani*, itemque *Sabiniani*, iſtinc *Proculejani*, ſeu *Pegaſiani*. Hujus diſſidii Auctores primi Attejus Capito, & Antiſtius Labeo, quorum ille tenax in traditis, ſibi Sabinos & Caſſios habuit ſectatores: hic vero ingenii fiducia multa innovare inſtituit, ſectatoribus Proculo & Pegaſo. Sic aucta diſſenſio a diſcipulis, quorum hæc ſeries; & cui ſimilem depinxit Contius 1. *Succeſſ.* 12.

Sabiniani. Cassiani.	Proculiani. Pegasiani.
Sub Augusto.	
Attejus Capito Ofilii diſcipulus.	Antiſtius Labeo Trebatii diſcipulus.
Sub Tiberio.	
Maſſurius Sabinus.	Nerva Pater.
Sub Cajo Claudio, Nerone.	
C. Caſſius Longinus, a quo Caſſiani.	Proculus, unde Proculiani.
Sub Vespasianis.	
Cœlius Sabinus, a quo Sabiniani.	Nerva filius, & Pegaſus, a quo Pegasiani.
Sub Trajano, Hadriano, Antonino Pio.	
Priſcus Javolenus.	Celſus P.
Aburnus Valens.	Celſus F. Priſcus.
Tuſcianus.	Neratius.
Sal. Julianus.	

Atque hactenus, neque ultra Adrianum, vel Antoninum Pium, ſectarum iſtarum ſequaces reperiuntur. Quinimo reſtrixiſſe hæc diſſidia vero verius eſt, ſaltem in apertum diſſidium res non erupit. Exinde quippe certatim orti erciſcundi medii JC., neque in cujuſquam jurare verba Magiſtri parati. Etſi ſtetiſſe controverſias aliquas nihilominus verum eſt, quæ *deciſionibus* Principum poſtea, & in his Juſtiniani tandem ſopitæ. Et hærent quoque etiamnum, quicquid tandem egerit Tribonianus, hujus diſſenſionis reliquiæ, quæ tot ideo ἐναντιοφανῆ nobis producunt, quibus componendis multum intereſt ſcire quis cui ſectæ fuerit addictus.

Scripta veterum Juriſconſultorum, quorum indicem præferunt Pandectæ Florentinæ, præferunt legum, ex quibus Pandectæ concinnatæ ſunt, inſcriptiones, ad hæc ſumma genera refero. Vel enim in pragmaticis, ſeu practicis verſati ſunt (quo pertinent libri Quæſtionum, Reſponſorum, Epiſtolarum, Decretorum, Conſtitutionum, Digeſtorum): vel verſati ſunt in πολιτεύμασι, ſeu παραγγέλμασι; i. e. in officiis Magiſtratuum de-

ſcribendis; (hinc tot JCtorum libri de hujus, vel illius Magiſtratus officio.) Vel denique in Theoreticis verſati; vel enim excerptis & variis lectionibus concinnandis inſtiterunt, (hinc libri variarum lectionum); vel notas conſcripſerunt ad leges populi Rom., ad SCta, Edicta, Orationes, Principum conſtitutiones, JCtos alios veteres: vel Tractatus ſingulares ediderunt; tandem jus in artem redigere ſatagerunt; hinc Enchiridia, Pandectæ, Regulæ, Sententiæ, Definitiones, Brevia, & Inſtitutionum libri.

Caput VIII.

De Justiniani Operibus, ſeu Corpore *Juris Civilis.*

His ita ad Juſtiniani tempora perductis, *Juſtinianus* ipſe dum immenſam illam conſtitutionum, & Juriſconſultorum molem & ſilvam videret, impetum cœpit, ſecundo ſtatim Imperii ſui, A. D. 528. hanc ingentem ſilvam cædendi, utiliorum delectu habito, & ſuperfluis reſecatis. Qua in re ſeptennium integrum abſumptum: & triplici quidem inſtituto, ſequenti ordine, qui ad enantiaphanon quoque conciliationem obſervandus eſt. Primum, ad conſtitutionum Imperatoriarum converſo ſtudio, & decem viris ad id delectis, & in his Triboniano, ex tribus illis, quas dixi, Imperatoriis epochis, & ex tribus illis, quos dixi Codicibus, ac ſecutis deinceps Imperatorum, ſuiſque ad id tempus Conſtitutionibus, *Codicem* concinnari voluit, A. D. 528. Et vero ſecuto anno editus Codex A. D. 529. Inde ad Veterum JCtorum libros, qui ad duo millia aſcendebant; & verſuum (i. ſententiarum.) trecenties decem millia, animum adjecit, quare *Pandectas* ſive *Digeſta* exinde componi juſſit, Anno 4. Imperii ſui, ſeu A.D.530., & quadriennium in eo uno opere abſumptum: editum quippe A. D. 533., apertiſſima nominis ratione, quia opus hoc *univerſa* veteris prudentiæ monumenta in unam conſonantiam redacta, *digeſta* contineret. Eodem anno, & Tironibus juris ſtudioſis prima juris elementa, ſeu fundamenta, & incunabula, quatuor *inſtitutionum* libris proponi voluit: Exemplo potiſſimum Gaii JC.: & vero in publicum edidit, uno menſe ante Digeſta. Sequente demum anno 543. cum Codici aliquid deeſſe videret, repetita prælectione & editione eundem retractari voluit: & hic eſt Codex ille novus *repetitæ prælectionis*, quo hodie utimur, priore abolito.

A. D. 528. Juſtiniano. A. 2. Coss.
529. Decio V. C. coss.
530. Lampadio & Oreſt. coss.
Codicem fieri mandavit Juſtin. Idib. Feb.
Codex editus Idib. April.
Decisionum 50. initium ab hoc anno.
Digesta componi mandat Decemb. menſe.
531. Poſt cos. Lamp. & Or. 1.
532. Poſt cos. Lamp. & Or. 2.
533. Juſtiniano 3. cos.
Institutiones eduntur menſe Novembr.
Digesta eduntur menſe Dec. 334.
Juſtiniano 4. & Paulino coss.
Codex repetitæ prælectionis editur menſe Novemb., abrogato priori.

Atque hac triplici ratione pleniſſime juris ſtudio conſultum putavit Juſtinianus.

Nihilo ſecius & ipſe deinceps poſt Codicem ſuum *Novellas* quaſdam conſtitutiones pro rei contingentia, & negotiorum varietate edidit, quæ poſtea in unum corpus collectæ: & quia harum epitomen Julianus anteceſſor conſcripſerat, *Authentica* dici meruerunt. His cohærent & Edicta 13. ejuſdem Juſtiniani, quæ non ad certum aliquem hominem, aut populum ſcripta ſunt, ſed in genere provulgata. Atque in his quinque partibus abſolvitur Corpus Juris Civilis.

Caput IX.

De Fato Justinianeæ *Juriſprudentiæ.*

Secuta ſunt Juſtinianum ea tempora, imo partim excepere, quibus neque Occidentem Juſtinianei libri penetraverunt. Jamdudum enim eam Gothi, Franci, Saxones, Vandali pervaſerant: pervaſerunt & poſtea Longobardi. Quare illorum legibus locus jam factus, Salicis, Burgundionum, Viſigothicis, Longobardicis, quas exhibet *Corpus legum antiquarum*: niſi ſicubi ſuæ & Romanæ leges infelicibus Romanorum reliquiis ſervatæ fuerunt: & hæ ipſæ tamen leges Rom. non e libris Juſtinianeis deſumptæ, verum ut antea ex Codice Theodoſiano ipſo, ſtatim ut conditus (teſte Sidonio Apollinari), ita poſtea ex Epitoma quadam *Codicis Theodoſiani* ſubtextis nonnullis e Gregoriano, Hermogeniano, Pauli Sententiis, Ulpiani Regulis, Gaii inſtitutionibus. In Orientis Imperio miro miſeroque fato, & eodem quo ceteræ diſciplinæ, Juſtinianei libri ſenſim obſolevere, recedente paulatim linguæ Latinæ uſu, & barbarie in dies magis ac magis accedente; quin & Novellis ſubinde, pro novo Reip. ſtatu inſecutorum Principum Conſtitutionibus, alicubi etiam per invidiam & æmulationem tam illuſtri operi incumbentibus. Quare ut de Leonis Novellis nil dicam, in novas ſubinde formas opus Juſtinianeum recoctum. Nil jam dico de Inſtitutionum paraphraſi: quæ Theophilum habet auctorem, utiliſſima; hoc ipſum ſane oſtendit Baſilii Macedonis Epitome Juris Codicis.

dicis, ſeu Digeſtorum, ſeu πρόχειρον, trecentis circiter poſt Juſtiniani opera annis editum. Teſtantur Baſilicorum 60. libri, a Leone Filio ejus & Leonis filio Conſtantino Porphyrogeneta repetita prælectione concinnati, in unam vid. conſonantiam omnibus Juſtiniani operibus confuſis: teſtatur eorundem Baſiliorum ſynopſis, ſeu ecloga: Fidem faciunt tot barbara & ignota JCtorum nomina, notas jam in Baſilica, tanquam fundum Juriſprudentiæ conſcribentium: Teſtis eſt Photii Epiſcopi Conſtantinopolitani Nomocanon, quo is leges civiles cum canonibus miſcuit, quique poſtea Theodorum Balſamonem interpretem nactus eſt. Hinc etiam Synopſis altera Attaliatæ adhuc brevior, & velut ſynopſis ſynopſeos, juſſu Michaelis Ducæ Imp. A. D. 1077. His accedat & Conſtantini Hermenopoli Procheirum, ſeu promptuarium ex Baſilicis conflatum, circa Emanuelis Comneni ætatem. A. D. 1145. His accedant omnibus Paratitlorum Græcorum libri, quorum tres Leunclavius edidit. Quorum omnium ut uſus aliquis ſæpenumero eſſe poteſt, ita maxima pars affaniarum plena; uſquequo Orientis Imperio perpotiti jam Turcæ, capta Conſtantinopoli anno 1485. Quos tamen ipſos & reverentia quædam Juris Juſtinianei vel curioſitas ſaltem tetigit; & ſi verum eſt quod Leunclavius prodidit, Codicem Juſtinianeum neque Turcis in lingua ſua deeſſe.

Sed commodum accidit, ut circa ipſa tempora, quibus jam nitor Juriſprudentiæ Juſtinianeæ ferme decoxerat, ſalutari quodam ſidere, & divina virgula, 600. ferme annos poſt, medio quaſi ſæculo duodecimo A. D. 1136. Opus Juſtinianeum in Occidente efferri cœperit. Exactis quippe a Lothario Imp. II. Saxone ex Italia Normannis, & ab eodem ductu Innocentii ſecundi Pontificis Melphi ſeu Amalphi Civitate Apuliæ (quæ pars Italiæ diu poſt alias in poteſtate Græcorum Imp. ſteterat) expugnata, repertum antiquiſſimum illud exemplar, & Juriſprudentiæ Antile Pandectarum, quod Piſani ab Innocentio ſecundo Pontifice Maximo, & Lothario Cæſare item ſecundo, quia claſſe eos adverſus Normannum Rogerium juviſſent, ceu egregie navatæ operæ monumentum & præmium, retulerant, ejuſque donationis per Lotharium collatæ inſtrumentum habuiſſe ſe Plotius Gryphius Piſanus hiſtoricus affirmat: Et habuerunt id diu penes ſe Piſani: unde & in Gloſſis *Piſanæ Pandectæ* vocantur; Donec per Ginum Caponium Florentini A. D. 1406. Piſis in poteſtatem redactis, ſubjectionis ſymbolum tranſtulerunt: Unde *Pandectis Florentinis* nomen: Inde idem Lotharius Irnerii (quem alii Vernerium vocant), qui *Authenticas* Codici ſubtexuit, conſilio, Jus Juſtinianeum & in foro obſervari, & in Gymnaſiis doceri juſſit, ac nominatim precibus Mathildæ Comitiſſæ Tuſciæ Piſis doceri, quod Abbas Urſpergenſis retulit. Itaque Irnerius & Jus Juſtinianeum e bibliothecis eduxit, & primus jura in Italia Bononiæ profeſſus eſt, & primus præterea interpretationem addidit. Ab hoc initio ad alias Civitates Italiæ & tranſmontana Galliarum propagata Juriſprudentia, poſteaquam ſemel Irnerius vexillum extulit. Hinc enim ex ſchola Irnerii prodiere Placentinus Bononiæ: in Gallia Monſpelii, Joannes Baſſianus, Martinus Coſſias, ambo Cremonenſes, Bulgarus Piſanus, Azo Accurſii præceptor, qui ultimus Accurſius ſuperiorum Gloſſas in ſuas & pleniſſimas Joannis auditor transfudit, temporibus Friderici II. ante annos 435. integros, i. e. circa annum 1227.

Atque hinc inquiſitioni ſatis. Niſi quod & illud ſcire intereſt, ſæculo demum ſuperiore, poſteaquam veteris hiſtoriæ linguarum & humanarum litterarum ſtudium renatum eſt, ſimul & Juriſprudentiam meliori fato excitatam. Nam cum antea ſoloci filo, & jejuna atque aſpera Interpretum opera Jus tractaretur, ſine ullo Hiſtoricæ, aut Philologicæ cognitionis lumine, qua deſtituti ubique paſſim impegere, Accurſii gloſſam, ſeu feudum Juriſprudentiæ ſequi & enarrare tum contenti, textu jam pene neglecto, & abolitis pene libris Juſtinianeis: exorti certatim qui Juriſprudentiam ab his impolitiis vindicarunt, tum ſcriptis, tum ipſo textu inſtaurato, & in his pandectis Florentinis, eductis: In his primi & potiſſimi Guilielmus Budæus, Andreas Alciatus, Gregorius Holoander, Antonius Auguſtinus, Lælius Taurellus, Zaſius, Viglius; & poſt omnes, ut taceam ceteros, domeſtica etiam decora, ſed qui unus pro omnibus, qui e latericia jam auream fecit Juriſprudentiam.

JAC. CUJACIUS.

BIBLIOTHECA
JURIS CIVILIS ROMANI.

HISTORIAM Juris Civilis proximo pedato excipiat Bibliotheca, cujus notitia hoc initio pariter præſtruenda venit: ut ita limine ſtudiorum ſuæ deinceps artis inſtrumenta familiariter noſſe tiro incipiat: Atque in his potiſſimum hærendum ſibi, vel ubi aliquando ad recentiorum commentarios diverterit, huc omnino redeundum, hicque pedem figendum ſciat. *Bibliothecam* voco libros de Jure Civili Romano, aliaque vetera monumenta & fragmenta, ceu tabulas naufragio, quæ vel propriis conſignata editaque libris, vel per varios ſparſa libros, clarorum Virorum induſtria hodie collecta habemus: Denique omnia ad jus civile ſpectantium librorum fragmina, quæ ſuperiorum temporum injuria reliqua nobis fecit. Quæ omnia, etiam ea quæ alioquin vel minima videri poſſent, vel obſoleta & antiquata nimis, vel etiam a Græculis, aut ſequioris ævi ſcriptoribus conſignata, maxima tamen lucem Juſtinianeis libris vel illuſtrandis & explicandis, vel reſtituendis ſubinde inferunt.

CAPUT I.

Pro-JUSTINIANEI Veteris *Juris Reliquiæ*.

PRimum igitur eas Juris Civilis reliquias apponemus, quæ ſpectant ad jus vetuſtius Juſtinianeo; Atque a publicis monumentis & legibus initium faciemus.

I. Legum REGIARUM, (qui primus fundus Juriſprudentiæ Romanæ eſt) fragmenta primo loco occurrunt, quæ a Sexto Papirio olim unum in corpus collecta fuerunt: ad quæ poſtea Granium Flaccum JC. librum Commentarium ſcripſiſſe Paulus noſter auctor eſt, *in l.* 144. *ff. de V. S. Granius*, inquit, *Flaccus in libro de Jure Papiriano:* quem ipſum Granium Flaccum Lacinium allegant Feſtus, Arnobius: quin & Macrobius *lib.* 3. *Satur. c.* 11. locum integrum ex hoc jure Papiriano apponit. Verum utrumque opus cum ipſis legibus intercedit. Superſunt tamen ipſarum legum fragmenta nonnulla, quæ Antonius Auguſtinus Contius, Balduinus, Fulvius Urſinus Romæ in 4. A. D. 1583., Pandulphus Pratejus, Fr. Modius, Manutius, Lipſius collegerunt, partim ipſiſmet Legum Regiarum verbis conſignatis: potiſſimam vero partem earum tantum ſententia expreſſa. Sed magna Balduini confidentia fuit, qui auſus eſt aſſerere, octodecim Romuli Leges ſe habere ex columna quadam antea Romæ in Capitolio erecta. Illud obſervandum, non niſi trium Regum leges occurrere, nempe *Romuli*, *Numæ*, *&* *Servii Tullii:* (cujus 50 leges fuiſſe de contractibus, & delictis συναλλακτικοις καὶ προ τῶν δικηματων. Dionyſius Halicarnaſſeus diſſerte ſcribit *lib.* 4., nullas Tullii Hoſtilii, Anci Martii, aut Priſci Tarquinii, ac multo minus Tarquinii Superbi, qui Tullianas aboleverat.

II. Leges XII. TABULARUM, (qui ſecundus fundus & corpus Juriſprudentiæ Romanæ eſt), proxime ſequuntur. Ad has ſane veteres ſubinde JCti interpretationes, ſeu Commentarios, & explanationes ſcripſerant: in his Sex. Ælius, L. Acilius, Lælius, Valerius Meſſala, Qu. Antiſtius Labeo: poſtremus omnium ſub Marco Imperatore *Gajus*. In ipſarum legum fragmentis eruendis, ut aliquammulti alii poſt alios, (etiam Cujacius *libris obſervationum*) ita in colligendis quamplurimi operam navarunt, puta Aymarius, Ricallius Olendorpius, (& ex eo Forſterus) Antonius Auguſtinus, Romæ in 4. 1583., Balduinus, Contius, Hotomannus, Rævardus, Calcagninus, Criſpinus, Pighius, Marcilius, Franciſcus Pithœus, Dionyſius Gothofred. p. m., Juſtus Lipſius, alii. In diſponendis varium ſinguli quippe ferme ordinem ſectati. Jam aliquot anni abeunt, cum ipſe varios errores ab aliis hac parte admiſſos, obſervabam, ob aliquammulta omiſſa, alia interpolata, aliena etiam in hunc cenſum conjecta, puta Legis actiones nonnullas, & elicita per interpretationem ex ea, atque id genus alia. Ordinem ut quiſque ex arbitrio commentus eſt, ita ad verum propius acceſſit Franciſcus Pithœus. At genuinum duobus ſubſidiis reſtituiſſe mihi videor: Primum expreſſis Veterum quorundam in id auctoribus, tum & ſex Gaii librorum ad XII. Tabulas ordine inſpecto, quorum ſingulis duæ Tabulæ explicatæ fuerant.

III. LEGES ſubinde pro uſu populi Rom. latas, omnes quantum in ſe collegerunt, earumque catalogos confecerunt Antonius Auguſtinus, Zaſius, Manutius, Hotomannus, Charundas.

IV.

IV. SINGULARES ex iis quaſdam leges, earumque capita peculiari ſtudio collegerunt, & ſingularibus commentariis illuſtrarunt nonnulli, tum Veteres JCti, (quorum Index Pandectis Florentinis præmittitur, & in materias digeſtus a Joan. Pichardo), tum & novi. *Ad legem Vellejam* ſcripſit Anton. Auguſtinus: *Ad leg. Jul. Majeſtatis*, Contius: *ad leg. Juliam de Adulteriis*, Briſſonius: capitibus ejus XXIX. editis, *Legis Voconiæ*, *Falcidiæ*, *Juliæ*, *Papiæ*, *Poppeæ*, *Rhodiæ*, *Aquiliæ* capita collegit: iiſque lucem intulit Balduinus, Baſileæ in 8. A. D. 1556. Et nos aliquando legem Papiam, ejuſque capita diſtinximus, ſuoque ordini reſtituere inſtituimus. Nonnullarum præterea legum obſcuriorum memoriam excitarunt aliquammulti, velut legis Gliciæ Cujacius 14. *obſ.* 14.; Legis Lætoriæ Idem 19. *obſ.* 33.: Legis Cinciæ Ranchinus 2. *variar.* 7., & Burgius lib. 1. *Electorum cap.* 18.

V. SENATUSCONSULTA, de Jure videl. derivato a Tiberii principatu ad Marci Imp. tempora, collegit Anton. Auguſtinus, Romæ in 4. A. D. 1583. *Orationes Principum* nonnullas, (quas SCta ſequebantur) ſingularibus commentariis illuſtravit Scipio Gentilis, puta *Orationem Marci de tranſactione ſuper alimentis*, Hanoviæ in 8. A. D. Item *Orationem Ant. Caracallæ de donationibus inter virum & uxorem*, in 4. Hanoviæ, A. D. 1604.

VI. EDICTUM PERPETUUM; quod Hadriani Imp. auctoritate a Salvio Juliano JCto conditum, atque in titulos digeſtum, (quodque tertium Juriſprudentiæ Rom. fundum & *Corpus* vocare licet, & vel potiſſimum deinceps) libris Manualium Eguinarius Baro colligere cœperat; verum probabili minus inſtituto, utpote qui ſciens ea ſæpius Edicta confingat, quæ nunquam fuerunt, ſed quæ ſunt ex Juriſconſultorum placitis, moribus Romanorum, antiquis legibus, vel etiam novis Principum conſtitutionibus. Atqui multum intereſt, hæc non turbide miſceri, ſed probe diſtingui. Quare ſecuta induſtria Guilielmi Ranchini, qui A. D. 1397. Pariſiis in 8. Edictum Perpetuum, ejuſque reliquias anxie collegit, alienis reſecatis, eaſdemque collectas concinnavit: ita quidem ut ipſa Edicti verba uncialibus litteris & majuſculis excudi recte voluerit, cetera minutioribus. In hoc tantum ſubſedit ejus induſtria, quod non ad genuinum, verum ad Juſtinianeum ordinem capita Edicti diſpoſuerit. Verum quod ſibi tum defuiſſe etiam ultro Ranchinus faſſus eſt, novæ alicujus operæ materia aliquando ea nobis futura, genuino videlicet ordine Edicti Perpetui inſtaurato, ſeu reſtituto; quem e Veterum Juriſconſultorum Commentariis ad Edictum (puta Juliani, Ulpiani, Pauli, Gaii, & ceteris) eruere proclive erit.

CAPUT II.

JURISCONSULTORUM *Veterum ad Jus Pro-Juſtinianum reliquiæ.*

I. JURISCONSULTORUM OMNIUM Veterum libros, e quorum ſcriptis Pandectæ concinnatæ ſunt, & ſic in lacinias mire per Pandectas diſtractos, & particulas exinde errabundas, in unum velut corpus rurſum compegere, ſed per indicem tantum, ope inſcriptionum ſingulorum capitum, peculiaribus *Indicibus* Jacobus Labittus, Ant. Auguſtinus; Quo, ceu maximo Juris arcano, relata in unum quaſi locum omnia capita ejuſdem inſcriptionis, Auctoris & libri, ſingulorum librorum cognitionem, conjectionem, & argumentum Lectoribus exhibent; tum etiam in iis cujuſque capitis quaſi quædam antecedentia & conſequentia, & ſic cauſæ quodammodo legum ipſarum cernuntur. Denique vel hac ratione quadantenus Juriſconſultorum Veterum libris, qui alioquin interciderunt, reſtituuntur. Unum tantum hoc ſupereſt hodie præſtandum, ut capita ipſa non per indicem & numero tantum (quod a Labitto, & Auguſtino factum;) ſed κατὰ λέξιν, & verbo tenus Lectorum oculis ſubjiciantur, & ex collatione ſingulorum capitum ſingulis libris argumenta præſcribantur. Qua ratione & longioris inquiſitionis labore Lector deinceps levabitur, & judicium breviſſime inſtruetur.

Huc referenda eſt eorum quoque induſtria, qui ſingulares e ſuperioribus Juriſconſultos, vel libros ſingularibus commentariis illuſtrarunt; ut Ant. Auguſtinus *Modeſtini librum de excuſationibus;* Cujacius *Africanum*, *Papinianum* integrum, *Pauli ad Edictum* libros, *Quæſtiones*, *Reſponſa: Juliani Digeſta*, & libros ex *Minicio Natali*. Item *ad Urſei Ferocis librum de ambiguitatibus*, *ad Reſponſa Scævolæ*, *Ulpiani*, *Marcelli*, *Neratii*, *Modeſtini Reſponſa*, ejuſdemque *libros differentiarum:* Balduinus *Scævolam*, ſeu Mutianam Juriſprudentiam: Jacobus Lectius Macrum, & Modeſtinum, aliique alia.

Et veterum tamen adhuc Juriſconſultorum fragmenta ipſa extra Pandectas nonnulla ad nos pervenerunt, quorum pretium injuria & fatum ceterorum incendit. Quæ veterum Prudentum fragmenta uno volumine comprehendi utiliſſimum fuerit: quod & *Petrus Pithœus* ex parte jam præſtitit, & plenius adhuc præſtare inſtituerat, una cum Notis.

II. GAII igitur primum fragmenta hodie nonnulla ſuperſunt, ſed Gothorum, ſeu Aniani manu deformata, & quidem e quatuor Commentariorum, ſeu Inſtitutionum ejus libris: Quatuor enim ſcripſiſſe eum docet Index Pandectarum Florentinarum, & præjudicium inſuper inſtitutio-

tionum Juſtinianearum, quæ Gajanarum exemplo compoſitæ ſunt. Et ſane titulum IX. & initium X. ex libro tertio deſumpta eſſe oſtendit *lex* 2. *ff. de oblig. & act.* Quare deinceps titulus ita mutetur, *Gaii Inſtitutionum libri quatuor ;* vel potius *excerpta e Gaii libris quatuor :* pariter ut Ulpiani fragmenta, Paulique ſententiæ, de quibus mox, nonniſi excerpta ſunt. Obſervandum enim eſt, cum per Gallias, & ſub Regibus Viſigothorum nominatim, vetus Juriſprudentia Rom. una cum Codice Theodoſiano obtineret, Alaricum Regem Gothorum per Anianum in ſuorum temporum uſum nonnulla ex Codice Theodoſiano, Gregoriano, Hermogeniano, ex Ulpiano, Cajo, Pauli ſententiis excerpi voluiſſe : Eaque omnia in unum Corpus redacta, quod inſequuti deinceps, *Corporis Theodoſiani*, vel etiam *Legis Romanæ* appellatione allegare ſoliti. Hæc Gaii fragmenta edidit in Germania Sichardus, & Almaricus Bouchardus in Gallia : Lovanii quoque edita in 12. 15. 70. Eadem Hieronymus Alexander Junior edidit cum commentario Venetiis in 4., apud Franc. de Franciſc. Ciotti, A. D. 1600. Et alia tamen adhuc fragmenta Gaii Inſtitutionum colligi poſſunt, tum ex Pandectis ipſis, tum ex Auctore Collationis legum Moſaicarum, Boetio, Priſciano *ſub fin. lib.* 6., & Diomede *lib.* 1. ; Quæ in unum colligi e re fuerit.

III. ULPIANI quoque fragmenta, ſeu tituli XXIX. ex corpore Ulpiani ab eadem Aniani manu ſuperſunt, quæ Joannes Sichardus, mox Emarus Ranconnetus, & Joh. Tilius Lutetiæ A. D. 1549. ediderunt, a Cujacio Commentariis illuſtrata, qui poſtea quoque in meliorem Codicem, & authenticum exemplar incidit Jacobi Tilii; vide eum *lib.* 17. *obſ.* 28., in quibus veteris juris ſtricturæ quamplurimæ ſuperſunt. Quæritur autem, ex quonam Ulpiani libro Tituli illi ſint; Neque enim ex Inſtitutionum libris deſumpti ſunt, ut arguunt eorum librorum fragmenta, quæ per Pandectas ſunt ſparſa. Veroſimile omnino ſumptos e libro, ſeu corpore Regularum, (& ita Cujacius quoque prodidit 13. *obſ.* 16. 27. *obſ.* 28. 19. *obſ.* 3., itemque Petr. Pithœus), ut docet *lex.* 17. *de teſtibus*, quæ totidem verbis repetita extat. *tit.* 10. *fragm. Ulpiani* §. 5. : Ex quo Ulpiani libro Regularum nonnullos alios locos ſuppeditat Collatio Moſaicarum, (de quo vide Petrum Phœum *ad tit.* 2. *Collationis*, *pag.* 133.), itemque Boethius *ad Topica Ciceronis*.

IV. ANONYMI quoque cujuſdam JCti veteris fragmentum ſupereſt, unicum, & pluribus tamen ſententiis conſtans: quod quidam Ulpiani ex libro ejus Regg., vel etiam Gaii eſſe volunt, cujus argumentum eſt, de *Juris ſpeciebus & manumiſſionibus*, deſumptum ex Doſithei Græculi, Magiſtri Homiliis, & Græcæ linguæ exercitationibus, ſeu Grammatica. Id olim quidem de Latino in Græcum translatum : Verum quale hodie extat, de Græco in Latinum transfuſum, Claudius Puteanus Senator Pariſienſis primus eruit, Cujacio communicavit (ut teſtis ipſe 17. *obſ.* 10.), edidit tandem Pet. Pithœus, *ſub finem Collationis legum Moſaicarum* A. D. 1572. in 4. Lutetiæ.

V. PAULI Sententiarum receptarum libri quinque, i.e. generaliorum & forenſium axiomatum, ſeu aphoriſmorum : vel potius excerpta ex iis, ab eadem illa quam dixi. Alarici, ſeu Aniani manu, ad nos quoque pervenerunt : *Sententiarum* inquam *receptarum libri*, quos ad *Filium* conſcripſit, ex quibus alioquin quædam in ſuas Pandectas Juſtinianus, quædam, ut dixi, Alaricus ſeu Anianus in ſuum illum Romanarum Legum Codicem & Breviarium retulit, interpretationibus aliquammultis ſubditis. Et hæc excerpta, una cum reliquis Codicis Theodoſiani fragmentis, Ulpiani, & Gaii; Codicis Hermogeniani & Gregoriani, in Germania primus in locum revocavit Joh. Sichardus, ſub Ferdinando I. Imp., Baſileæ : In Gallia Almaricus Bouchardus, una cum Gajo ad Antonium Pratenſem Galliarum Cancellarium : Poſtea ab Emalo Ranconetto, Tilio accepta Jacobus Cujacius, A. D. 1557. omnia illa pleniora & emendatoria protulit, (niſi quod Aniani interpretationes rejecit), notiſque primus illuſtravit. Sed & alias ſententias poſtea ex Codice quodam Veſuntino idem Cujacius *libro obſerv.* 21. extulit. Ad ultimum Conradus Ritterhuſius (quod etiam Cujacius aliquando in animum induxerat ſuum) A.D. 1594. Norimbergæ, in 8. omnes ad unam ſententias Pauli : ex illis inquam, excerptis Anianeis fragmentis per Pandectas ſparſis, Codice Veſuntino, Auctore Collationis Legum Moſaicarum, Papiniani Reſponſis, veteri conſultatione (de quibus vide Cujacium 7. *obſ.* 26.) in unum corpus retulit, ſeu uno libello comprehendit, & indicem addidit, interpretationes Aniani reſtituit : Minus veritus, quod Cujacius fecerat, libros, qui in Indice Florentino *Sententiarum ſive Factorum* inſcribuntur, eoſdem cum libris *Sententiarum* facere. Similis huic editio, ejuſdemque inſtituti prodiit ſive Avarici, ſive Aureliæ in 12. A. D. 1599., ordo tantum alius ſubinde, & Index alius. Uſus harum Pauli Sententiarum potiſſimus in eo, quod præterea quæ cum Jure Juſtinianeo conveniunt, quamplurima iis continentur ex jure veteri ante Juſtinianum recepto, a Juſtiniano, vel ante ipſum abrogato, quæ mirum quantum lucis innumeris Juris Juſtinianei locis adferunt, ut quæ ſcribit *de Adſertoribus*, *de lege Fuſia Caninia*, *de Senatuſconſulto Claudiano*, *de Cognitoribus*, *de*

Crucis ſupplicio, *dotalis prædii alienatione*, *de fidejuſſore liberato per electionem rei*, *de fiducia*, *furti actionibus quatuor*, *interdictorum uti poſſidetis & utrubi differentia*, de Regulis nonnullis *circa Inſtitutiones & legata*, *legatorum generibus quatuor*, *libertorum differentiis*, *Mancipationibus*, *ſucceſſionibus ab inteſtato*, *viceſima hæreditatum*.

VI. MODESTINI quoque Regularum fragmentum unicum, ex libro ejus 3. (vel potius 9.) *ſub titulo de bonis libertorum*, *& de Teſtamentis* ſumptum ſupereſt, ab eodem P. Pithœo editum *ſub finem Collationis legum Moſaicarum*.

VII. STEMMA quoque, ſeu vetus graduum adgnationis deſcriptio Juriſconſulti cujuſdam, Codici Theodoſiano præfixa ab Emaro Ranconneto, accepta *quemadmodum* videlicet *lege hæreditates redeant*, inſerta eſt circa A. D. 1560. a Cujacio 5. *obſerv. ult.*, quem vide. Inſeruit & Inſtitutionibus ſuis Antonius Contius alterius generis pervetuſtum Stemma, ex antiquis Græcis manuſcriptis, ex libro 4. Sententiarum Julii Pauli, *tit. de gradibus*. Edidit & Charondas, ex MS. Dionyſiano Inſtitutionum aliam deſcriptionem, ſeu formam graduum, ad Juſtiniani, veterumque Juriſconſultorum ſententiam.

VIII. CONSULTATIONEM quoque veteris Juriſconſulti mediæ ætatis *de Pactis*, cujus nomen incompertum, ab Antonio Oiſello acceptam edidit Cujacius, de qua vide ipſum 7. *obſerv.* 16., ubi videre eſt veterum Juriſconſultorum religionem & formam: Nempe ibi ipſa legum capita, & Auctorum verba, quibus ſuam ſuffulcit ſententiam auctor ille, verbo tenus proponit; una cum inſcriptionibus ex Codd. Gregoriano, Hermogeniano, (tanta diligentia, ut etiam variis ex Codicibus varias repræſentet), Theodoſiano, Sententiis Pauli, libris & titulis adnotatis. In cujus facti cauſam inquirit Cujacius *præfatione ad Conſultationes ſuas:* vide & quæ P. Pithœus notat, *notis ad Collationem Legum Moſaic.*

IX. NARRATIO quoque Hiſtorico-Juridica *de Legum Rhodiarum* apud Romanos confirmatione, (ab Impp. videlicet Tiberio, Veſpaſiano, Trajano, Adriano, Antonino, Pertinace, Severo) procul dubio ſub ipſomet Severo Imp. confecta, quæ præfixa eſt legibus Nauticis, huc pertinet: quam Simo Schardius edidit A. D. 1561. Baſileæ in 8., una cum Legibus Nauticis Georgicis, & Militaribus Juſtiniani II.: de quo vide quæ idem Schardius ſcribit *in adnotationibus p.* 271. 272. Poſtea a Leunclavio vel Marquardo Frehero, ex Fr. Pithœi exemplari edita accuratius in libro, cui titulum fecit *Jus Græco-Romanum* A. 1596. t. 2. p. 265. In ea Narratione Hiſtorico-Juridica intextum eſt illud ipſum caput, quod ex L. Rhodia retulerat Voluſius Mæcianus, & extat *in ἀξιωσις π, ad l. Rhod. de jactu*, quam nos peculiari hypomnemate illuſtravimus.

X. COLLATIO legum Moſaicarum Romanarum, ex integris Papiniani, Pauli, Ulpiani, Gaii, Modeſtini, aliorumque veterum juris Auctorum libris, item ex Codd. Gregoriano, Hermogeniano, Theodoſiano deſumpta, & in tit. XVI. diſtributa, Tilio jam ante viſa P. Pithœo Juriſconſulto ex Mandubiorum Bibliotheca edita, & Notis luculentis illuſtrata, A. D. 1572. Lutetiæ in 4., ad nos pervenit. Quem librum eodem anno 1572. L. Charondas manuſcriptum ſe habere ex Bibliotheca Dionyſiana profeſſus eſt *in dedicatione Corporis ſui ad Auguſtum Senatum Pariſienſem*. Hujus collationis, ſeu pariationis Auctor *Licinius Rufinus*, a Tilio primum, mox & a Cujacio dicitur: Verum ex conjectura, an ex veteris libri fide, haud ſatis compertum. Sane non poteſt eſſe *Licinius Rufinus* ille, qui Pauli coætaneus fuit: Veriſſimum enim eſt, hanc Collationem editam poſt Codicem Theodoſianum, ſeu poſt A. D. 438.: quandoquidem ex eo Codice quandam conſtitutionem laudat *de impudicis*, & quidem (quod obſervandum) pleniorem, quam eo Codice, quem hodie habemus, extat, ac proinde ex integro non decurtato Codice Theodoſiano. Ex præfatione ſane tituli VI. & VII. colligere licet, profeſſione Juriſconſultum non fuiſſe. Tandem de hoc Auctore vide quæ Pithœus *initio Notarum*, quæ Marqu. Freherus *ſingulari capite* 1. *parerg.* 4. Utilitas hujus libri triplex: 1. quod perſpicue repræſentat quid Tribonianus, quid quantum Collegæ in excerpendis, diſcerpendis veterum Juriſconſultorum ſcriptis ſibi indulſerint. 2. quod quamplurima Priſci Juris fragmenta, tum ex Veteribus Juriſconſultis, tum ex tribus conſtitutionum Codd. contineat, quæ alibi nuſpiam, vel non ita plene occurrunt. Tandem oſtendit, quomodo in titulos veterum Juriſconſultorum libri diviſi fuerint: ſpectandus in rem cumprimis *Tit. XV.*

XI. PAPINIANI liber Reſponſorum Titulis XL. coſtans, in hunc cenſum referendus eſt, ubi ex *lege Romana* (ut ipſemet loquitur) l. ex tribus Codd., Gaii Regulis, Pauli ſententiis quamplurima referuntur; itemque ex corpore Novellarum Theodoſii, Valentiniani, Majoriani, Leonis & Severi: Pithœus Theodoricianum, ſeu Gotho-Romanum putavit. Sane liquidum fuiſſe ex aliqua earum Nationum, quæ ſub Regibus conſtitutæ Gallis jam inſederant, cum & *Nationem ſuam* & *Dominum Regem* memoret *titul.* 2. & 7. Ego crediderim, *Burgundionem* fuiſſe. Nam ſi quis Legem Gundebaldicam conferat, eundem ordinem pene deprehendet, ac pene pariare videbit. Hujus porro inſtitutum fuit, infelicibus Romanorum reliquiis *legem Romanam* proponere: Germanicæ quippe nationes cum Romanas pro-

. *Vinnius in Inſtitut.*

provincias, & Galliarum nominatim, poteſtati ſuæ ſubjeciſſent, hanc erga devictos humanitatem exercuere, ut liberum cuique relinquerent, qua lege, ac nominatim Romana, vivere vellent: De quo vide leges Burgundionum *tit.* 6. §. 1. Salicas *tit.* 43. §. 1. Longobard. *tit.* 57., & veteres *Formularum Auctores*. In hunc ergo finem Corpus quoddam Juris *lege Romana* apud Gothos Anianus, apud Burgundiones Papinianus confecere.

XII. NOTAS JURIDICAS huc quoque referri oportet, uſurpatas in monumentis publicis, Juriſque Civilis libris, in legibus, plebiſcitis, actionibus, edicto perpetuo, quæ non ad libros Juſtinianeos pertinent, verum ad veteres Leges, Plebiſcita, Actiones, Edicta perpetua, Juris civilis libros veteres: leges denique Romanas, & Codicem Theodoſianum; In quibus videlicet Notæ antiqui juris, ſeu ſigna, a Juſtiniano abolita explicantur; cujuſmodi complures libellos, & in his M. Valerii Probi Grammatici vetuſtiſſimi (cujus apud Svetonium, Gellium & Macrobium mentio fit, quique ſub Auguſto fuit), item Magnonis, ſub Carolo M., Petri Diaconi ſub Conrado I. Imp., & incerti Auctoris vetuſtiſſimi, poſt varias aliorum Editiones, in unum tandem corpus coegit vir doctiſſimus Frideric. Lindenbrogius, cum Notis nonnullis, editione Lugduno Batava in 8. A. D. 1599. Solius Probi libellum, ex MSS. auctiorem longe edidit, notiſque illuſtravit Henricus Erneſtus Soræ in 4. A. D. 1674. Ubi tamen moneo, ibi non merum Probum extare, ſed multa addita alia, & poſteriore longe manu. His addere licet INNOCENTIUM, ex cujus libris de litteris notis juris, Agrimenſorii videlicet, nonnulla hodie extant: *Innocentium* Ammianus Marcellinus ſub Conſtantio Imp. fuiſſe memorat: idemque ille videtur, de quo Eunapius agit, cujus edendi conſilium Sichardus jam olim ceperat. Tandem e Bibliotheca Palatina a Salmaſio erutum edidit Nicol. Rigaltius inter Auctores Finium regundorum, Lutetiæ in 4. A. D. 1614.

XIII. VOLUSIUM MÆCIANUM *de aſſe, ejuſque diſtributione* (& in hæredum inſtitutionibus, & in aliis multis, ut ipſemet loquitur, neceſſaria), neque ab hoc cenſu alienum putare debemus; quem Sichardus edidit primus A. D. 1528. Liber hic quippe (judicio Cujac. ad *l.* 21. §. 2. *ff. de annuis legatis*.) Juris ſtudioſis prius addiſcendus eſt, quam Inſtitutiones: quod temere accedant ad Juris diſciplinam, quibus non bene nota eſt diſtributio aſſis.

XIV. FINIUM REGUNDORUM Auctores Auguſtos nonnullos neque hinc abeſſe velim; in quibus Siculus Flaccus, (qui ſub Domitiano, vel Trajano ſcripſit), Julius Frontinus, libro de agrorum qualitatibus & controverſiis eorum: itemque Aggeni Urbici Commentarius in eundem Frontini librum. Quos Turnebus primum accuratius poſtea Nicol. Rigaltius edidit, & notis luculentius illuſtravit. Pariſiis in 4. A. D. 1614.

XV. NOTITIA Dignitatum omnium in partibus Orientis & Occidentis, ſub Theodoſio Jun. conſcripta, circa A. D. 426., (quam & ideo Alciatus *Breviarium Theodoſii Jun.* appellavit), unde maximus Juri noſtro lumen accedit, ad Dignitatum ſeu Magiſtratuum, & Officialium notitiam, de quibus agitur primo libro Codicis, & poſterioribus tribus: item ad notitiam Juris fiſcalis & patrimonialis. Eam Alciatus excerptam primus edidit; ſecutus Rhenanus, qui totam edidit Baſileæ in fol. Tandem a Guidone Pancirolo ex collatione duorum MSS. reſtituta plenius, notiſque illuſtrata. Audio & Lutetiæ in illuſtri illa Regiaque Typographia nuper editum.

Hactenus Leges publicæ, veterumque Juriſconſultorum reliquiæ, aliaque monumenta ad Jus antiquum Pro-Juſtinianeum ſpectantia.

CAPUT III.

IMPERATORIARUM *Conſtitutionum Pro-Juſtinianearum reliquiæ.*

IMPERATORIÆ Conſtitutiones ante Juſtiniani tempora ſequuntur.

I. HADRIANI primum Imp. Sententiæ & Epiſtolæ, (hoc eſt, brevia ejus Reſcripta) ex lib. 2. Doſithei Magiſtri, quæ veteri Gloſſario inſerta, primum ab Henrico Stephano edita fuerunt, deinde ex Bibliotheca Sancti Galli apud Helvetios, plenius viſa a Cujacio 21. *obſ.* 5. Sed tandem publice reſtituta, notiſque illuſtrata Goldaſto, Genevæ in 8.

II. GORDIANI conſtitutio unica de *nuptiis* contra mandata contractis, & dote caduca, a P. Pithœo accepta, edita a Cujacio 1. *obſ.* 11.

III. IV. CODICIS GREGORIANI, & HERMOGENIANI quoque reliquiæ quædam hodie ſuperſunt, a mano, ut dixi, Aniani, ſeu Gothorum. Quinimo & B. Auguſtinus *lib.* 2. *ad Pollentium c.* 8. cujuſdam Conſtitutionis ex Cod. Gregoriano meminit: Addi poſſunt & eæ, quæ exinde citantur ab Auctore Collationis Legum Moſaicarum, & Conſultationis veteris Auctore. Quinimo & quæ a Papiniano libro Reſponſorum. Quorumnam autem Impp. Conſtitutiones his Codd. comprehenſæ fuerint, oſtenſum jam alibi.

V. CODEX THEODOSIANUS quoque ſupereſt, per gradus quoſdam, necdum plane tamen, reſtitutus: Primum enim a Joanne Sicardo Breviarium Codicis Theodoſ., quale ab Aniani manu profectum, editum fuit, ante hos 100. & quod excurrit annos Baſileæ, A. D. 1528. Poſtea Joan.

Joan. Tilius libros octo poſteriores integros, non jam ab Aniano decurtatos extulit, & poſtremo tamen libro adhuc mutilo, Pariſiis in 8. A. D. 1594. Eum ſecutus Cujacius librum ſextum, ſeptimum, octavum integros eruit, una cum ſupplemento libri poſtremi a Stephano Charpino acceptos, & Lutetiæ in fol. A.D. 1566. Conſtitutiones de Senatuſconſulto Claudiano lib. 6. contulit Cujacianæ editioni P. Pithœus. Superſunt itaque adhuc eruendi quinque priores, & initium libri ſexti: quorum Breviarium tantum ab Aniani manu habemus, quæ fruſtra hactenus a me quæſita ſunt.

VI. Novellæ Conſtitutiones, poſt Codicem Theodoſianum promulgatæ, tum ab ipſomet Theodoſio Jun., tum & a Valentiniano, aliquot primum ex Aniani Breviario a Sichardo editæ: poſtea xxx. Novellis Auctiores, a P. Pithæo e patris Bibliotheca A. D. 1571. Marciani quoque & Majoriani, itemque Sever. Novellæ ex eodem Breviario a Sichardo editæ. Majoriani Novellas Cujacianæ Editioni Antonius Oiſellus contulit: ſed una auctiores Pithœus reddidit: a quo etiam tres Anthemii Conſtitutiones primum erutæ, ſicut in univerſum 34. Novellas Pithœus dederit.

Caput IV.

Justinianea *Juriſprudentia*, *ejuſque varia Editiones*.

De Juſtinianeis operibus monuit *Hiſtoria Juris Civilis*. De variis tamen eorum Editionibus, & quo progreſſu paulatim in melius nitidiore cultu reſtituta ea fuerint, quid ſingulis editionibus præſtitum, moneri expedit. Ut de anterioribus inconditis Editionibus taceam.

I. Haloandrina, ſive Norica Gregorii Haloandri corporis Juſtinianei Editio A. D. 1531. prima cenſeri hoc in genere meretur, ſuperioribus omnibus terſior emendatiorque: utpote Pandectis ex collatione Florentinarum manu, Politiani olim facta, editis, reſtitutiſque legum inſcriptionibus: neque tamen ubique notas Politiani ſecutus, tum in textu, tum & quoad ὀρθογραφίαν.

II. Hervagiana Baſileenſis decennio poſt A. D. 1541. ſecuta, a Jo. Hervagio Typographo Baſileenſi, Alciati, ut ſcribit, aliorumque Doctorum opera adjuto: in qua ſecutus Noricam Haloandri editionem, additis Modeſtini Legibus Græcis in tractatu *excuſat. tutor.*: & majoribus litterarum formis expreſſis iis, quæ *materialiter* poni a Grammaticis dicuntur, Legum puta, Edictorum &c. verbis, Græcorum quoque interpretationem præſtitit. In Codice ſupra Haloandrinam Editionem loci non pauci, neque momenti exigui reſtituti, quos & in Annotationes variarum Lectionum retulit.

III. Hugonis a Porta Editiones duæ; & poſterior quidem limatior: decennio poſt A. D. 1552. inſecuta Lugduni; Pandectis ad Archetypum Florentinum attentiſſime collatis: Inſcriptionibus Legum reſtitutis: Græcis ſanctionibus inſertis, cum Latina Franciſci Hotomanni interpretatione.

IV. Florentinarum Pandectarum mox Editio ſecuta, A. D. 1553., de qua in Hiſtoria Juris.

V. Russardi Editio Lugd. primum in fol. 1561., dein Antuerpiæ, apud Plantinum ſecuta, A. D. 1567. in 8., ubi Pandectæ ad exemplar Florentinum editæ; notæ additæ ex Clariſſimis illius ævi JCtis; Leges conjunctæ, Summaria Durani addita: Codex ad XV. Exemplaria collatus.

VI. Codicis Conſtitutiones Græcæ Latinæ quamplurimæ ab Anton. Auguſtino editæ Ilerdæ in 8., additis Paratitlis.

VII. Contii editio in 16. Lugduni, apud Guilielmum Rovilium, A. D. 1571., ubi Pandectæ ad iſotypum Florentinum totidem apicibus retentis expreſſæ: Duæ Lacunæ ſub *tit. de bonis damnatorum*, & ſub *tit. de interdictis & relegatis*, ope Baſilicorum repletæ. Codicis Conſtitutiones quamplurimas Græcas, earumve epitomas plus quam 150. ex Cujacii theſauro, ex Ant. Auguſtino, & de ſuo quoque nonnullas addidit: Græcorum Interpretationes in Pandectis Piſanis, ſive Bulgari, ſive Burgundionis addidit, ſummaria ex Bartolo per Ghapuſium.

VIII. Charundæ Editio in fol. Antuerpiæ, apud Plantinum A.D. 1565.

IX. X. XI. Mitto recentiores, Hotomanni, Pacii, poſtremum omnium Dionyſii Gottofredi p. m. editio, jam totius orbis & Auguſtiſſimorum Tribunalium conſenſu recepta eſt.

Novellas ſeu Novellarum Juſtiniani μονοβίβλον primus græce edidit Norimbergæ Gregorius Haloander ex deſcripto Bononienſi, A. D. 1531 apud Joannem Petræum; Mox Hervagius Baſileenſis Typographus, Alciati, ut ſcribit, aliorumque Doctorum opera adjutus, additis quibuſdam, auxit A. D. 1541. Pariſienſis editio tertia inſecuta: in qua tamen adhuc multa deſiderabantur: Tandem Henricus Scrimgerus Scotus A. D. 1558. in fol. apud Henricum Stephanum ex Beſſarionis Cardinalis MS. Venetiis Novellarum Editionem accuravit, ordine earum reſtituto, numeroque aucto, quas quadriennio ante Georgius Tannerus Baſileenſis dederat excudendas. Et hæc de Græco Novellarum authentico.

Latinæ Interpretationes Novellarum tres extant: *Vetus*, cujus auctorem ſunt qui Bulgarum,

rum, vel Bulgari ſupparem ſub Frid. Barbaroſſa, Cujacius vero 8. *obſ. ult.* Græcum fuiſſe cenſet, qui non multo poſt editionem Novellarum rogatus Occidenti Latinam interpretationem donaverit. Balduinus Mauritio Imp. & Gregorio M. ſupparem conjicit. Eruditionem ut aliquam Interpretis videre licet, majorem ſane quam vulgo creditur (ut recte probavit idem Cujacius) ita veriſſimum, impolitiarum & ſtribliginis plenum eſſe, utpote ubi neque verborum conſtructio ſæpe cohæret, neque rerum ſenſus percipi poteſt. Quid quod in hac verſione multæ Novellæ deſunt, quas ex Græcis libris ſuppleverunt Haloander, & Scrimgerus. Itaque ſecuta Gregorii Haloandri Interpretatio, quæ Norimbergæ primum prodiit A. D. 1531., deinde alibi recuſa, ut Antuerpiæ in 4. (quam & poſtea Ludovicus Ruſſardus ex Duareni emendatione recognitam edidit A. D. 1567.) Tandem ſucceſſit Henrici Agylæi ad Græcum Scrimgeri Exemplar Baſileæ per Joan. Hervagium A. D. 1561. in 4. Et veterem tamen Interpretationem retinere maluit adhuc Contius: una cum vetere Haloandrinam Hervagius A. D. 1541., & quidem ex oppoſito Baſileenſis in fol. A. D. 1570. & Charondas A. D. 1575. in fol. junxit. Illud obſervandum; aliquot Novellas addidiſſe Contium, quas in decimam collationem conjecit (cum antea novem tantum eſſent) quas & olim Jacobus de Belviſo collegiſſe dicitur, & ſuo Codici adjeciſſe, hoc titulo *Extravagantium*. Formas Præfectorum ſeu tria ἐπαρχικὰ contulit Cujacius. Adeundus de his omnibus Index a Contio concinnatus, quo collationem Editionum inſtituit

JULIANI Anteceſſoris Conſtantinopolitani liber Novellarum ſequitur, circa A. 570. confectus; quo is Novellas latine non quidem vertit integras, aut ad verbum, ſed in Epitomen contraxit, reſecatis prologis & Epilogis. Liber hic in duos libros diſtinctus, quorum prior pervenit ad *Novellam 63.* de Juriſdictione Præſid. Hac Novellarum Epitome ſub *Novellarum* appellatione uſi olim Irnerius, Bulgarus, Azo, Joannes Accurſius. Primum Nicolaus Boerius eum extulit una cum Legibus Longobardorum, etiam cum Scholiis aliquibus: Deinde Ludovicus Miræus eundem edidit Lugduni apud Joannem Torneſium A. D. 1560. Tertia editio eſt Goltzii, quæ exiit Brugis in 4. 1565., quam Ludovicus Miræus adornavit. Plenior & limitatior exiit ab Anton. Auguſtino, Pariſiis 1667. una cum Paratitlis ſive Scholiis & variis lectionibus. Huic ſucceſſit Fr. Pithœi editio Baſileæ in fol., apud Petrum Pernam A. D. 1567., ex fratris Petri Bibliotheca, una cum nonnullis Juſtiniani & Juſtini Conſtitutionibus, addito Gloſſario ſive Interpretatione obſcurorum verborum Juliani. De utilitate hujus Epitomes vide Auguſtini *præfationem*.

THEOPHILI Inſtitutionum Græca Paraphraſis ſequitur, cujus Angelus Politianus jam in Miſcellaneis ſuis meminerat. Eum Viglius Zuichemus Friſius ex Beſſarionis MS. Venetæ Bibliothecæ, quem a Petro Bembo acceperat, ex altero exemplari Florentino, quod a Joh. Baptiſta Egnatio habuerat, primus edidit ſub Carolo V. A. D. 1533.: Mox accuratius recuſam anno proximo 1534. Pariſiis; & an. 1545. Jacobus Curtius latine vertit. Ludovicus Miræus Lugduni edidit an. 1581. Dionyſius Gothofredus p. m. ad formam tripartitorum utiliter edidit in [illegible] Carolus Annibal Fabrottus Anteceſſor Aquiſextienſis ex tribus MSS. Codicibus Bibliothecæ Regiæ Pariſ. recenſuit, græcis auxit; Idemque Jac. Curtii latinam interpretationem emendavit & Notas adjecit, A. D. 1638. Habet hic auctor multa, quæ textu Inſtitutionum non continentur, partim *bene*, partim *male dicta*: Imo eſt etiam ubi ab ipſo textu recedit. Ut inde colligere liceat, poſteriorem Juſtiniani ſeculo fuiſſe; neque dubium mihi quin hic ille ſit Theophilus, vel Theophiletzes, qui inter cæteros Baſilicorum Interpretes memoratur, circa A. D. ferme 1000. De harum Inſtitutionum utilitate doctiſſime præfatus eſt Viglius. Præcipua hæc capita, Ordinis continuatio, Protheoriæ ſeu Evidentialia (ut loquuntur) ad faciliorem intellectum; Dictionum obſcurarum interpretatio: Veterum morum & ſolemnium explicatio, quorum nulla vel tenuis in Latinis inſtitutionibus mentio; Græca, quæ in Latinis, vel explicata vel integra: Typica vel ſolemnia Juris veteris verba explicata: exemplis Regulæ illuſtratæ; Definitiones expenſæ, Rationes conſignatæ. Sed & quæſtiones quoque varias inter Interpretes exinde decidi poſſe octo exemplis allatis idem Viglius comprobavit. Ex his jam omnibus ſtatuere licet, Theophilum eo tempore fuiſſe, quo veteris Juriſprudentiæ libri adhuc extabant.

JULIANI Anteceſſoris duas collectiones (circa A. D. 570.) ad opera Juſtiniani relatas extulit quoque P. Pithœus, ſub finem Collationis Legum Moſaicarum, quarum una inſcribitur *Dictatum de conſiliariis*; eaque continetur conſilium directum ad quendam in officio publico conſtitutum: forte etiam Adſeſſorem & Conſiliarium Judicis, quoſnam videlicet Titulos potiſſimum ex operibus Juſtinianeis ſuper materiis maxime practicabilibus legere, atque ſe inſtruere neceſſe habeat. Altera collectio eſt *de tutoribus & tutelæ actione*, ubi contrarietates quaſdam juris diſtinctionibus propoſitis ſolvit. In iis argumentum continetur nonnullarum Conſtitutionum, quæ in Juſtiniani Codice hactenus deſiderantur.

GEORGICÆ, ſeu de re Ruſtica Leges Juſtinia-

ni 2. (non noſtri) ex *lib. 6. Harmenopoli*, de quo poſtea, primo ingenii fœtu a Fr. Balduino, una cum Interpretatione & ſcholiis editæ Pariſiis A. D. 1542. in 4. Plenius poſtea a Simone Schardio ad exemplar potiſſimum Ant. Auguſtini, Baſileæ in 8. A. D. 1591. una cum legibus MILITARIBUS & NAUTICIS, Annotationibus additis. Tandem incluſæ in Corpore Iuris Græco-Romani *tomo* 2. a Leunclavio, Francofurti A. D. 1596. ex Fr. Pithœi Bibliotheca. Obſervandum autem in fine legum Nauticarum ſubjici ſententiam DOCIMI, ex libro quodam ejus juridico, quando videlicet legibus Rhodiorum locus ſit. Militares ſane Leges ex *Rufo* de ſumtæ, e Fr. Pithœi Bibliotheca incluſæ *tomo* 2. *juris Græco-Romani pag.* 249.

CAPUT V.

POST-IUSTINIANEÆ *Juriſprudentiæ reliquiæ*, *ſeu jus* GRÆCO-ROMANUM *et* ORIENTALE, *ac primo* NOVELLÆ *Imperatorum poſt Juſtinianum*.

NOVELLÆ primum Imperatorum poſt Iuſtinianum variæ, earumque collectiones tenendæ: IUSTINI videlicet II. & TIBERII novellæ nonnullæ extant editæ poſt Iuſtiniani Novellas. LEONIS item Philoſophi Novellæ ſeu Conſtitutiones CXIII. circa A. D. 890. legum Correctoriæ *σταυρωθωτι και καθορσους*, quibus videlicet Leo quamplurima ex Iure Iuſtinianeo corrigere inſtituerat: ſingula capita ſingulis fere conſtitutionibus includendo, eaque diligenter rationibus communiendo, quas Agylæus interpretatus eſt. De quibus Leonis Novellis obſervandum eſt, ne quidem Leonis ætate eas ſatis obtinuiſſe, exceptis iis, quæ de his Iuris capitibus ſunt, de quibus nihil ante conſtitutum erat: hæ quippe receptæ in tritura forenſi novæ Romæ, veluti *Nov.* 29. 48. 57. 68. 71. 86. 102. 103. 104. quod teſtantur Græci Interpretes & Pragmatica Michaelis Ducæ & Attaliatæ apud Cujacium 17. *obſ.* 31. Item Conſtantinus Harmenopolus *lib.* 2. *titul.* 6. §.52. *et ſeq.* Item Balſamo *ad Nomocanonem Photii titul.* 2. *et* 3. *de precibus*.

VARIORUM deinceps Imp. NOVELLÆ, Heraclii, Conſtantini V. Baſilii Macedonis, Conſtantini VIII. Romani Lecapeni, Romani IV. Argyropuli, Iſaaci Comneni, Alexii Comneni, Ioannis Comneni, Emmanuelis Comneni, Alexii III. Comneni. Iſaaci Angeli, Ioannis III. Ducæ, qui S. Ludovici temporibus extitit ante 400. annos, variis Editionibus, neque ab uno, erutæ & editæ, puta ab Enimundo Bonefidio A. D. 1573. apud Henricum Stephanum in 8., a Ioanne Leunclavio in fine Synopſeos Baſilicos Baſileæ, A. 1575. 8. in libro cui Titulus Ius Græco-Romanum, quem edidit Freherus A. D. 1596. Carolus Labbeus decem auctores & emendatiores Pariſiis in 8. A.D. 1606. Quædam recuſæ Lugduni Batav. A. D. 1617., cum Notis, inter reliqua opera Conſtantini Porphyrogennetæ.

CAPUT VI.

NOVÆ IURISPRUDENTIÆ *poſt Juſtinianum monumenta*.

CUM trecentos circiter annos in Oriente ſtetiſſet Iuris Iuſtiniani ϖ πλατ@ incorruptum, in novas formas mutari cœpit.

BASILIVS Macedo cum filiis Conſtantino & Leone Philoſopho interpolandi Iuris Iuſtinianei auſpicium fecit, circa A. D. 870 Quare Eclogam ſeu *προχειρον νομικον* Iuris Iuſtinianei, multis detractis, quæ inutilia putaret, titulis LX. comprehendit, de quo Prochiro V. Cujac. 6. *obſ.* 9. Extat tomo ſecundo Iuris Græco-Romani a Leunclavio compilati, hoc titulo, *Liber Leonis et Conſtantini A. A.* Varie enim hic liber inſcribitur in MSS., modo ſub Baſilii Leonis; modo Leonis & Conſtantini nominibus.

Ab hoc auſpicio MANVALIA ſeu *προχειρα* Iuris paſſim in Oriente conſcripta, omnibus ferme cauſarum Patronis, ſive Rhetoribus ſuum ſibi Codicillum & quaſi viæ comitem conficientibus, ut docet Paulus Ægineta *in præfat.* apud Cujacium 6. *obſ.* 10.

PARATITLA quoque Iuris Iuſtin. a Græcis conſcripta, id eſt, ſupplementa cujuſque Tituli ex aliis titulis & locis, in unam conſonantiam redactis omnibus Iuris Iuſtin. partibus. Quorum *Paratitlorum* exemplar Antonius Auguſtinus habuiſſe videtur. Libri tres horum Paratitlorum tantum, iique Latini de Græcis facti, quibus materia Eccleſiaſtica continetur, cum Libris duobus Notatorum & Præfatione, quibus ratio Paratitlorum oſtenditur, editi a Ioanne Leunclavio Francofurti in 8. MICHAELIS PSELLI ſynopſis legum ad Michaelem Ducam circa A. D. 1065. ex juſſu patris et Imperatoris verſibus jambicis et politicis, 1513. edita, cum verſione et Notis a Fr. Boſqueto Narbonenſi I. C. A. 1632. Unde Anton. Auguſtinus quoſdam laudaverat A. D. 1632.

NOMOCANON a Photio Patriarcha Conſtantinop. circa A. D. 880. conſcriptus, qui et *Procanon* dictus, quia is liber Canonibus præponuntur. *Nomocanon* autem ideo, quia veluti Breviarium eſt Iuris Canonici Græcorum, collatione videlicet facta Imperatoriarum Conſtitutionum Eccleſiaſticarum cum Canonibus Conciliorum, & veterum Patrum Epiſtolis Canonicis: Hunc Nomocanonem, ſive Procanonem Conſtantinus Porphyrogenneta, idem ille, qui et Baſilicorum libros, de quibus mox, repurgavit, ut docent

G-as

Græci, ad *l. ult. C. de cuſtod. reor.* apud Cujac. *6. obſerv. 9.* Ad eum poſtea Commentarios edidit circa A. D. *919.* ut Nicetas ſcribit *in Iſaco Angelo*; juſſu Emmanuelis Imp. Theodorus Balſamo Antiochenus. Nomocanonem cum Commentario ex Bibliotheca Tilii primus eruit Gentianus Hervetus, & Latinum hactenus de Græco fecit in fol. A. D. 1561. Succeſſit altera interpretatio Henrici Agylei. Tandem Græce Latine editus ex Bibliotheca Palatina a Chriſtophoro Iuſtello Pariſiis in 4. A. D. 1615.

BASILICORUM Libri, LX., quod ἑξάκοντα βιβλον, ſuccedant, quibus videlicet commixti unam in conſonantiam libri omnes Iuſtinianei, ſub eodem Legum ordine, reſecatis ſuperfluis, radacti fuere. Id opus a Baſilio Macedone primum inſtitutum, teſte Cedreno et Leone *Novellar.* 71. Leo *6.* Philoſophus Baſilii Macedonis filius [idem ille, qui et Novellarum auctor] teſte Cedreno, Hermenopulo et Balſamone, de quo v. Cujac. *6. obſ. 9.* Pſello, Michaele Attaliate Bleſtate circa A. D. 880., operaque Sabbathii Protoſpatharii perfecit. Secutus Conſtantinus Porphyrogenneta Leonis F., idem ille, qui Nomocanonem repurgavit, is ἀνακάθαρσιν ſeu nova repetitione repetitaque prælectione circa A. D. 910. [v. Cujac. *9. obſ.* 10.] id edidit, unde βασιλικῶν auctor a Luitprando aſſertus. Et nactum id opus varios Interpretes Græcos, qui Commentarios et Gloſſas in id ſcripſerunt, non minore turba quam Iuſtinianeam Latinos, circa idem ferme tempus, cujuſmodi Theodorus, Dorotheus, Thalelæus Cyrillus, Ioannes Stephanus, Enanthiophanon Scriptor. De horum Baſilicorum utilitate fidem fecit tribus exemplis prolatis, *doctiſſima præfatione in Theophilum*. Viglius, qui quinque ex his Baſilicorum libros habuit, 38. *39.* 40. 41. 42. Item Anton. Auguſtinus, ſed Cujacius et Contius cum maxime. Ex his LX. Baſilicorum Libris vix decem cum hæc primum ſcriberem ſupererant, iique Latini: A Gentiano Herveto editi ſeptem, puta 28. *29.* 30. 45. *46.* 47. 48. A. D. 1556. et hi quibus quatuor ultimi integri, priores mutili. A Cujacio Liber LX. ſuæ Interpretationis A.D. 1565. Poſtremum a V. CL. Carolo Labbeo ex ejuſdem Cujacii interpretatione editi ſunt liber 38. et *39.* Pariſiis in fol. A. D. 1609., una cum indice titulorum libri XL. XLI. XLII.

Tandem ex Bibliotheca Regia auſpiciis Illuſt. Franciæ Cancellarii Petri Seguierii, Græca Baſilica cum Interpretatione edidit Fabrotus ante triennium ferme: novendecim tamen libris mutila: Ita ut 41. tantum libri extent.

SYNOPSIS ſeu Ecloga horum Baſilicorum quoque confecta; cujus libri auctorem quidam vaticinantur Romanum Iuniorem Lacapenum. Ea κατὰ στοιχεῖον, id eſt, ſecundum ordinem litterarum & elementorum confecta fuerat, unde Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον nuncupatum, quod etiam Budeus viderat; de quo v. Cujac. 4. *obſ.* 10. Eam Tarenti apud Calabros a Sambuco repertam edidit, & vertit Joannes Leunclavius Baſileæ in fol. A. D. 1575. Adnotationibus etiam additis; non eo tamen ordine, quo compoſita fuerat, id eſt, non κατὰ στοιχεῖον, ſed juxta ordinem Baſilicorum ipſorum.

ATTALIATÆ Michaelis quoque, Synopſis alia Baſilicorum extat, cujus titulus ποίημα νομικὸν ἤτοι πραγματικὸν. Michaelis Ducæ Imp. juſſu anno ejus Imperii 3. circa A. D. 1070., conſcripta *Tomo ſecundo juris Græco-Romani* incluſa Leunclavio, a Frehero edita.

EUSTATHII Anteceſſoris libellus περὶ χρονικῶν διαστημάτων, ſeu de intervallis temporum, vel ut alii loqui amabant, *de diverſis temporalibus præſcriptionibus*, a momento uſque ad 100. annorum ſpatium, qui tam ad Juſtinianeos, quam ad Baſilicos libros refertur, editus primum a Simone Schardio Baſileæ in 8. A. D. 1561. Mox plenius a Cujacio: Tandem a Leunclavio Tomo II. Iuris Græco-Romani.

CONSTANTINI HARMENOPOLI Iudicis Theſſalonicenſis πρόχειρον ſive ἐγχειρίδιον circa A. D. 1150. poſt promulgationem Baſilicorum, idque non jam operibus Iuſtinianeis adhærens, conſcripſit: allegatis Novellis Impp. uſque ad Emmanuelem Comnenum, qui imperavit A. D. 1145. Eum extulit primus Sualembergius.

GLOSSÆ veteres Græcæ hoc agmen claudant, quæ docta et conciſa brevitate ordine Alphabetico verborum, & vocum ſecretiorum Iuris Romani, quæ in Iuſtinianeis libris et Baſilicis occurrunt, interpretationem continent, ſeu præſtant. Harum Gloſſarum nonnulla ſcriptis ſuis jam inſeruerant Alciatus, Cujacius, Briſſonius, Pithœus, Fornerius. Edidit eas ex Regia Bibliotheca, ſimul et Notis illuſtravit Carolus Labbæus A.D. 1606. Pariſiis in 8. Sed pleniores adhuc eæ extant apud Iacobum Sirmondum.

Et hactenus quidem quæ publici juris facta ſunt hunc ad diem veteris Iuriſprudentiæ monumenta: et poſtremum quidem Græciæ inclinantis. Multa alioquin alia extant adhuc in nonnullis Bibliothecis, Vaticana, Pariſienſi, inedita ejuſdem Græciæ: quorum notitiam confecit Ioſephus Maria Suareſius Præpoſitus Avenionenſis, mox Epiſcopus Vaſionenſis ad Urbanum VIII., p.m. ſcripto quodam, quod *Notitiam Baſilicorum* inſcripſit: quodque Baſilicorum editioni nuper additum eſt.

FINIS.

INDEX CAPITUM

HISTORIÆ, ET BIBLIOTHECÆ JURIS CIVILIS.

Hiſtoria ſeu Progreſſus Juris Civilis Romani.

Caput I. *De Juriſprudentia Regiorum Temporum.* pag. XXI.
2. *De Juriſprudentia Romana ſub libera Republica.* ibid.
3. *De Juriſprudentia ſub Imperatoribus.* XXIV.
4. *De prima Epocha Imperatorum.* XXV.
5. *De Secunda Epocha Imperatorum.* ibid.
6. *De Tertia Epocha Imperatorum.* ibid.
7. *De Juriſconſultis, eorum Succeſſione, Sectis, Scriptis.* ibid.
8. *De Juſtiniani Operibus, ſeu Corpore Juris Civilis.* XXVIII.
9. *De Fato Juſtinianeæ Juriſprudentiæ.* ibid.

Bibliotheca Juris Civilis Romani.

Caput I. *Pro-Juſtinianei Veteris Juris Reliquiæ.* XXX.
2. *Juriſconſultorum Veterum ad Jus Pro-Juſtinianearum reliquiæ.* XXXI.
3. *Imperatorum Conſtitutionum Pro-Juſtinianæarum reliquiæ.* XXXIV.
4. *Juſtinianæa Juriſprudentiæ, ejuſque variæ Editiones.* XXXV.
5. *Poſt Juſtinianeæ Juriſprudentiæ reliquiæ, ſeu jus Græco Romanum & Orientale, ac primo Novellæ Imperatorum poſt Juſtinianum.* XXXVII.
6. *Novæ Juriſprudentiæ poſt Juſtinianum monumenta.* ibid.

INDEX RUBRICARUM

SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

LIBER I.

Tit. I. *De Juſtitia & Jure.* 5
2. *De Jure Naturali, Gentium & Civili.* 11
3 *De Jure Perſonarum continuatio.* 28
4 *De Ingenuis.* 34
5 *De Libertinis.* 35
6 *Qui & ex quibus cauſis manumittere non poſſunt.* 39
7 *De Lege Fuſia Caninia tollenda.* 44
8 *De his, qui ſui vel alieni juris ſunt.* 45
9 *De Patria Poteſtate.* 48
10 *De Nuptiis.* 53
11 *De Adoptionibus.* 71
12 *Quibus modis Jus Patriæ Poteſtatis ſolvitur.* 79
13 *De Tutelis.* 86
14 *Qui teſtamento Tutores dari poſſunt.* 90
15 *De Legitima Agnatorum Tutela.* 94
16 *De Capitis Deminutione.* 96
17 *De Legitima Patronorum Tutela.* 100
18 *De Legitima Parentum Tutela.* 101
19 *De Fiduciaria Tutela.* ibid.
20 *De Atiliano Tutore, & eo, qui ex Lege Julia & Titia dabatur.* 103
21 *De Auctoritate Tutorum.* 107
22 *Quibus modis Tutela finitur.* 110
23 *De Curatoribus.* 113
24 *De Satisdatione Tutorum vel Curatorum.* 119
25 *De Excuſationibus Tutorum vel Curatorum.* 124
26 *De ſuſpectis Tutoribus vel Curatoribus.* 134

LIBER II.

Tit. I. *De Rerum Diviſione, & acquirendo ipſarum Dominio.* 140
2 *De Rebus Corporalibus & Incorporalibus.* 203
3 *De Servitutibus ruſticorum & urbanorum prædiorum.* 206
4 *De Uſufructu.* 219
5 *De Uſu & Habitatione.* 232
6 *De Uſucapionibus, & longi temporis Præſcriptionibus.* 238
7 *De Donationibus.* 253
8 *Quibus alienare licet, vel non licet.* 264
9 *Per quas Perſonas cuique acquiritur.* 273

10 De

10 De Teſtamentis ordinandis. 284
11 De Militari Teſtamento. 309
12 Quibus non eſt permiſſum facere Teſtamentum. 317
13 De Exhæredatione Liberorum. 326
14 De Hæredibus inſtituendis. 340
15 De Vulgari Subſtitutione. 357
16 De Pupillari Subſtitutione. 365
17 Quibus modis Teſtamenta infirmantur. 383
18 De Inofficioſo Teſtamento. 395
19 De Hæredum Qualitate & Differentia. 411
20 De Legatis. 425
21 De Ademptione Legatorum, & Translatione. 479
22 De Lege Falcidia. 481
23 De Fideicommiſſ. Hæreditatibus. 488
24 De ſingulis rebus per Fideicommiſſum relictis. 504
25 De Codicillis. 508

LIBER III.

Tit. 1. De Hæreditatibus, quæ ab Inteſtato deferuntur. 514
2 De Legitima Adgnatorum Succeſſione. 532
3 De Senatuſconſulto Tertylliano. 542
4 De Senatuſconſulto Orficiano. 547
5 De Succeſſione Cognatorum. 530
6 De Gradibus Cognationum. 560
7 De Servili Cognatione. 563
8 De Succeſſione Libertorum. 565
9 De Aſſignatione Libertorum. 570
10 De Bonorum Poſſeſſionibus. 572
11 De Acquiſitionibus per Adrogationem. 582
12 De Eo, cui Libertatis cauſa Bona addicuntur. 584
13 De Succeſſionibus ſublatis, quæ fiebant per Bonorum Venditiones, & ex Senatuſconſulto Claudiano. 587
14 De Obligationibus. 589
15 Quibus modis re contrahitur Obligatio. 597
16 De Verborum Obligationibus. 610
17 De duobus Reis ſtipulandi & promittendi. 624
18 De ſtipulatione Servorum. 628
19 De Diviſione Stipulationum. 630
20 De Inutilibus Stipulationibus. 633
21 De Fidejuſſoribus. 655
22 De Litterarum Obligationibus. 663
23 De Obligationibus ex Conſenſu. 667
24 De emptione & Venditione. 668
25 De Locatione & Conductione. 683
26 De Societate. 693
27 De Mandato. 702
28 De Obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur. 713
29 Per quas Perſonas Obligatio acquiritur. 721
30 Quibus modis tollitur Obligatio. 723

LIBER IV.

Tit. 1. De Obligationibus, quæ ex Delicto naſcuntur. 733
2 De vi bonorum raptorum. 749
3 De Lege Aquilia. 752
4 De Injuriis. 760
5 De obligationibus, quæ quaſi ex Delicto naſcuntur. 770
6 De Actionibus. 773
7 Quod cum Eo, qui in aliena poteſtate eſt, Negotium geſtum eſſe dicitur. 841
8 De Noxalibus Actionibus. 849
9 Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur. 852
10 De Iis, per quos agere poſſumus. 854
11 De Satiſdationibus. 856
12 De Perpetuis & Temporalibus actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes tranſeunt. 861
13 De Exceptionibus. 865
14 De Replicationibus. 874
15 De Interdictis. 877
16 De Pœna temere litigantium. 888
17 De Officio Judicis. 893
18 De Publicis Judiciis. 901



Hæc est Spectator, VinnI mortalis imago.
Oraque quæ pereunt, hæc peritura refert;
Ars fecit quodcunque potest; nec cætera tentat
Cætera pingentem destituere manum:
Assidua mens blandæ facilis facundia linguæ,
Romæ sui quidquid conscia iuris habet.
Quam similis vultu est, superent cum cætera vultum
Tam sibi dissimilem hic credimus esse virum.

M. Boxtohornius

Cimarelli sculp.

ARNOLDI VINNII J.C.

IN LIBRUM PRIMUM

INSTITUTIONUM

IMPERIALIUM

COMMENTARIUS

ACADEMICUS ET FORENSIS,

CUM NOTIS AD TEXTUM.

PROŒMIUM.

De Confirmatione Inſtitutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

IMPERATOR, CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS, ALEMANICUS, GOTTHICUS, FRANCICUS, GERMANICUS, ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ legum juventuti S.

IMPERATOR) Hoc nomine etſi appellarentur omnes exercitus ductores, *οἱ ϛρατηγοὶ, ἠ τῶν πολεμων ἡγεμονες*, proprie tamen id tribui ſolebat iis, qui re bene geſta hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati eſſent. Poſt occupatam Rempublicam perpetuum Principis prænomen eſſe cœpit ex S. C. Hotomanus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.* VINN. Sed tamen Byzantini Imperatores plerique hoc cognomen dimiſerant ante Juſtinianum noſtrum, qui illud primus revocavit in uſum, primus poſtliminio veluti renunciatus Ρ*ωμαιων αυτοκρατωρ*, uti teſtatur Agathias *lib.* VI *p.* 157. Ez. Spanhem. *de uſu & praſt. num. Tom.* II. *diſſ.* XII. *p.* 403. HEIN.

CAESAR) Cognomen familiæ in gente Julia, quod poſt C. Julium factum eſt hereditarium Imperatorum. Procedente tempore eodem nomine appellati & qui vivo Imperatore deſignati auguſtæ majeſtatis heredes, *l.* 7. *C. de malef. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero*, ubi & hunc ipſum primum Cæſarem ea ratione appellatum teſtatur. Hodie *Reges Romanorum* vocantur. VINN. Ita quidem Spartianus *in Æl. Ver. cap.* 2. Contra Aurel. Vict. *cap.* 12. *in Trajano* ab Hadriani demum adoptione diviſa eſſe ait Cæſarum & Auguſti nomina. Neuter accurate. Omnes principum liberi dicti ſunt Cæſares, jam a Neronis temporibus. Domitianus, ſtatim interfecto Vitellio, hoc nomen obtinuit. Tacit. *Hiſt. lib.* III. *cap.* 86. Hinc numi Titi & Domitiani Cæſarum apud Spanhem. *T.* II. *p.* 351. Ita & Trajanus Cæſar conſalutatus ſtatim poſt adoptionem. Conf. Pagi *Crit. Bar. ad ann.* 69. & 97. Poſtea deſtinati imperio candidati dicti ſunt *nobiliſſimi Caſares*, quod nomen in numinis Philippi junioris primum occurrit; at ante eum idem legitur in marmore Maximo Maximini filio dicato apud Gruter. *p.* CLI. 5. Vid. Ez. Spanh. *de uſu & praſt. num. Diſſ.* XII. §. 2. *p.* 357. *ſeq.* HEIN.

FLAVIUS) A Veſpaſiano Imperatore hoc nomen manavit, quem e Flavia gente nova & ignobili fluxiſſe, Suetonius auctor eſt.

JUSTINIANUS) Nomen hoc Imperatoris noſtri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem: ex quo apparet, non eſſe productum a nomine Juſtini avunculi & patris adoptivi, ut quidam putant.

ALEMANICUS, GOTTHICUS, &c.) Agnomina a devictis, aut bello laceſſitis gentibus ducta. Seneca *l.* I. *de Clement.* 14. ſcribit, aſſentantem populum ambitioſæ majeſtati tribuiſſe, quidquid potuit congerere titulorum. VINN. Hunc morem devictarum gentium vocabula nominibus adſcribendi jam pridem ante Juſtinianum ſervarant Imperatores. Solius *Judaici* cognomen ob religionis odium & gentis contemtum adſpernatus eſt uterque Veſpaſianus. Ceterum hæ gentes omnes notæ ſunt præter *Anticam*. Et hic pleriſque interpretibus aqua hæſit. Verum non *Anticum*, ſed *Ponticum* legendum eſſe, recte monuit ὁ *πανυ* Span-

Spanhem. *ibid. Diſſ.* XII. §. 14. *p.* 504. *T.* II. *Lazos* enim, *Abaſgos* & *Tzanos* ad pontum Euxinum ſubegerat. Unde & alibi dicitur *Lazicus. Nov.* XLIII. HEIN.

FRANCICUS) Theodibertum Francorum regem graviſſime tuliſſe refert Agathias, quod Juſtinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum ſibi ſumpſiſſet. Poſtea etiam Gepidicum & Longobardicum ſe dixit, quod eas quoque gentes irritavit. *Cujac. & Grot. ex Agathia.*

PIUS) Primus hoc cognomen obtinuit Antoninus, Hadriani ſucceſſor. Capitolin. *in Antonin. cap.* 2., inde ad alios deſcendit. Juſtinian. *Nov.* 78. *cap.* 5. *Αντωνινος ὁ της ευσεβειας επωνυμος, εξ οὗπερ και εις ἡμας τα της προσηγοριας ταυτης κατηει.* VINN. Conferendus omnino Ez. Spanhem. *Diſſ.* XII. §. 6. *p.* 434. *ſeq. T.* II. HEIN.

FELIX.) Uſurpavit hoc cognomen Commodus, ut hiſtoriæ teſtantur, quem plerique ſucceſſores imitati appellationem hanc Juſtiniano tradiderunt. VINN. Aſt hujus cognominis, jam ſuo tempore Imperatoribus dati, meminit Seneca *lib.* II. *de Clem. cap.* 14. HEIN.

TRIUMPHATOR) Triumphaſſe legitur de Perſis & Vandalis. Varro *lib.* VII. *de ling.* ſcribit, triumphare ſic appellatum eſſe, *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per urbem in Capitolium eunti, Io triumphe, io.*

AUGUSTUS) Nomen hoc primum Octavio a Senatu tributum: ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid conſecratur, auguſta nominantur. Suet. *in Auguſt. c.* 7. Alii ab augendo imperio dictum putant; unde illud hodieque, *zu allen Zeiten Mehrer des Reichs*. Weſemb. VINN. Eodem ſenſu Manaſſes *in politicis*: *Αυγουστος*, inquit, *ὡς ηυξαμενος*. Contra in *Nov.* 17. *αει σεβαστος* redditur *ſemper adorandus*. HEIN.

Ut Plato legislationis tres vult eſſe partes, Prooemium, Legem, & Sanctionem; ita hujus Conſtitutionis eadem deprehenduntur membra. I. Proœmium, quo ſuum legislationis ſtudium commendat, uſque ad §. 3. II. Legislatio uſque ad §. pen. III. Sanctio. *Weſemb. hic.*

De uſu Armorum & Legum.

IMperatoriam majeſtatem non ſolum armis decoratam, ſed etiam legibus oportet eſſe armatam: ut utrumque tempus & bellorum, & pacis recte poſſit gubernari: & Princeps Romanus non ſolum in hoſtilibus præliis victor exiſtat, ſed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat: & fiat tam juris religioſiſſimus, quam victis hoſtibus triumphator (magnificus.)

ARmis decoratam) Imperator utrumque Reipub. tempus ſine armorum ac legum præſidio recte adminiſtrare non poteſt: in quam ſententiam præclara quædam hic adſperſa ab *Hotom. & Grot. ex Ariſt. Plat. Liban.*

Legibus armatam) Munitam & inſtructam. M. Tullius *lib.* I. *de Off.* ſcribit, Lacedæmoniorum imperium multo plus Lycurgi legibus & diſciplinæ debere, quam aut Pauſaniæ, aut Lyſandri rebus geſtis. *Parvi enim*, inquit *cap.* 22., *ſunt foris arma, niſi ſit conſilium domi, &c.* Eſt autem hic *χιασμος κατα τον του στοιχειου τυπον*, tribuit armis decorari; legibus armari. Theoph. verbum pro verbo reddidit, *ὁπλοις κοσμεισθαι, νομοις ὁπλιζεσθαι.*

Victor exiſtat) Senſus eſt apertus, Imperatorem non ex armis tantum, ſed etiam ex legibus glorioſam ſibi victoriam comparare.

Legitimos tramites) Ea ratione, quam leges præſcribunt. Theophilus convertit, *νομιμοις επινοιαις*, legitimis inventis. Imperator non tantum hoſtibus debellandis, verum etiam calumniatoribus coercendis, victoris nomen adipiſcitur.

Calumniantium) Pars pro toto; improbitas, quæ in judiciis verſatur, de quo proprie verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero II. *de Repub., ut Carneadi reſpondeatis, qui ſæpe optimas cauſas ingenti calumnia ludificari ſolet.*

Juris religioſiſſimus) Juris ad ſummam religionem obſervantiſſimus. Dion. Halicarn. *lib.* V. *Κρατιστος ην βασιλευς ὁ δικαιοτατος τε και νομιμωτατος.*

Magnificus) Abeſt hæc vox a veteribus libris, teſtibus Cujac. & Hotom. nec Theoph. agnoſcit.

De bellis & legibus Juſtiniani.

1. *Quorum utramque viam cum ſummis vigiliis, ſummaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem ſudores noſtros Barbaricæ gentes ſub juga noſtra redactæ cognoſcunt, & tam Africa, quam aliæ innumeræ provinciæ poſt tanta temporum ſpatia, noſtris victoriis a cœleſti Numine præſtitis, iterum ditioni Romanæ noſtroque additæ Imperio, proteſtantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compoſitis reguntur.*

1. *Utramque viam*) Juſtinianus & gloriam ſibi peperit victis hoſtibus, & juris æquabilitatem inter cives ſuos retinuit.

Barbaricæ gentes) Significat Perſas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gotthos in Italia & Sicilia.

Redactæ) Vet. *deductæ*, & ita Cujac. & Hotom.

Innumeræ) Vet. *numeroſæ*, id eſt, multæ; ſic enim locuti ſunt Caſſiod. Oroſ. Eutrop. & alii Scriptores *συγχρονοι*, Theoph. tamen *αναριθμητοι*.

Poſt tanta temporum ſpatia) Poſt annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt, *l.* 1. *Cod. de offic. præf. Afric.* Adſtipulatur Procop.

Ditioni Romanæ) Poſtquam ſedes imperii Conſtantinopolim, (quæ antea Byzantium, poſtea etiam nova Ro-

Roma,) tranſlata fuit, Imperium Romanum a Conſtantino & Gallieno in duas partes diviſum, orientalem & occidentalem, & utrique parti ſuæ provinciæ attributæ. Vinn. Non a Gallieno, ſed a Galerio; nec in duas, ſed in tres partes: Galerius enim Orientem, Conſtantinus tranſalpinas Provincias, Maxentius Italiam accepit. Eutrop. Lib. x. c. 1. Hein.

Promulgatis) Promulgatas ſuas, compoſitas alienas intelligit, id eſt, ex veteri jure in unum collectas & diſpoſitas.

De Compoſitione Codicis & Pandectarum.

2. *Et cum ſacratiſſimas conſtitutiones antea confuſas in luculentam ereximus conſonantiam, tunc noſtram extendimus curam ad immenſa veteris prudentiæ volumina, & opus deſperatum, quaſi per medium profundum euntes, cæleſti favore jam adimplevimus.*

2. *In luculentam ereximus conſonantiam*) Intelligit Codicem priorem, quem altero Imperii ſui anno componi juſſit 528., & anno inſequenti edidit. In hunc Principum Conſtitutiones vage per tres codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodoſianum, diſperſas collegit. *conſt. de nov. Cod. fac. & de Juſt. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Poſt idem Codex iterum emendatus eſt, & multis locis recognitus, additis 50. deciſionibus, quo hodie utimur. Vinn. Prior ille codex promulgatus vii. Id. Apr. anni IↃxxix. dictus eſt Juſtinianeus. *Nov. 66. c. 1. §. 1.* Paul. Diac. *Lib. 1. c. 25.* Poſterior, quo hodie utimur, dicitur Codex repetitæ prælectionis. *Conſt. de Codic. emend.* §. 3. publicatus xvi. Kal. Dec. anni IↃxxxiv. Hein.

Ad immenſa veterum volumina) Quarto Imperii anno, Lampadio & Oreſte Coſſ. 530. Pandectas componi juſſit, ediditque, & confirmavit anno Imperii ſexto, ipſo iii. Coſ. Eodemque anno compoſitæ Inſtitutiones & promulgatæ uno menſe ante Pandectas: ut Pandectæ compoſitione priores ſint Inſtitutionibus, confirmatione poſteriores. Codicem repetitæ prælectionis promulgavit anno proximo, ipſo IV. & Paulino Coſſ. 534. Hæc perſpicua ſunt ex conſtitutionibus ad juris compoſitionem pertinentibus. Novellar. liber diem non habet.

Immenſa volumina) Innumera veterum ſcripta, quæ in bis mille libros & aliquot centena millia verſuum excreverant, *l. omnem. §. 1. de concept. Dig.*

Per medium profundum) Per medias difficultates. Liv. xxxi. c. 1. *Provideo animo, in vaſtiorem me altitudinem ac velut profundum invehi.*

De tempore, auctoribus, fine & utilitate compoſitionis Inſtitutionum.

3. *Cumque hoc, Deo propitio, peractum eſt, Triboniano Viro magnifico, Magiſtro, & Exquæſtore ſacri palatii noſtri, & Exconſule; nec non Theophilo & Dorotheo, Viris illuſtribus & anteceſſoribus, (quorum omnium ſolertiam, & legum ſcientiam, & circa noſtras juſſiones fidem jam ex multis rerum argumentis accepimus,) convocatis, mandavimus ſpecialiter, ut ipſi noſtra auctoritate, noſtriſque ſuaſionibus Inſtitutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis diſcere, ſed ab Imperiali ſplendore appetere: & tam aures, quam animi veſtri nihil inutile, nihilque perperam poſitum, ſed quod in ipſis rerum obtineat argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix poſt quadriennium prioribus contingebat, ut tunc conſtitutiones Imperatorias legerent: hoc vos a primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis, & finis legum eruditionis a voce Principali procedat.*

3. *Magiſtro*) Scilicet officiorum, penes quem cura eſt totius pene aulæ & palatii. Gallis *Prevoſt de l'Hoſtel.* Cujac. *in l. 3. C. de prepoſ. ſacr. cubic. lib. xii.* Vinn. Immo non tam aulæ, quam conſiſtorio principis præerat, dictus ideo gubernare officia palatina; *l. 2. C. Theod. de judæis.* Hinc in comitatu principis erat, ad eumque referebat ex libellis magiſtratuum. vid. Gothofr. *Notit. Dign. ad C. Theod. p. 326. Tom. vi.* Hein.

Exquæſtore) Quæſtor ætate Juſtiniani is erat, quem noſtra ætas Cancellarium vocat, ut *paſſ. in Cod.* hoc eſt, ad quem cura legum & juris pertinet. Cuſtos legum & famæ publicæ appellatur in *Nov.* Valentiniani *de homic. caſ. fact.* & a Caſſiod. aliquot locis. Exquæſtores & Exconſules a Juſtiniano dicuntur, qui a Latinis, Quæſtorii & Conſulares. Vinn. Vid. omnino Caſſiod. *Var. i. 12. v. 14.* Hein.

Anteceſſoribus) Juris Interpretibus, ac Doctoribus, ἐξηγεταις, ut paſſ. in *præf. Pand.*, των νομων διδασκαλοις, *l. 6. §. 12. D. de excuſ. tut.* Qui forum ſequebantur, Togati, qui ſcholas, Anteceſſores, & Profeſſores dicebantur.

Prima legum cunabula) Prima legum fundamenta, ςοιχεῖα ſeu elementa, primam legum audientiam appellat in *l. un. C. de nud. jur. Quirit. tollend.*

Antiquis fabulis) Jus antiquum & obſoletum intelligit, quo referti erant veterum Juriſconſult. libri.

Rerum obtineat argumentis) Huc pertinet illud Ariſtippi apud Laertium, qui percontanti cuidam, quæ potiſſimum adoleſcentibus eſſent diſcenda, reſpondit, quæ viris uſui futura ſunt.

Poſt quadriennium) Theophil. μετα τριετει χρονον. Sed aut erravit ipſe, aut corrupti ſunt Codices, ut patet ex præfat. ad anteceſſ. Fabr. *in not. ad Theoph.*

Digni tanto honore, tantaque reperti felicitate) Di-

Digni reperti tanto honore tantaque felicitate. Theoph. *τοσαυτης αξιωθεντες τιμης, και τοσαυτης απολαυσαντες ευτυχιας, dignati & aſſecuti*.

Diviſio Inſtitutionum.

4. *Igitur poſt libros quinquaginta Digeſtorum, ſeu Pandectarum, in quibus omne Jus antiquum collectum eſt, quod per eundem virum excelſum Tribonianum, nec non ceteros viros illuſtres & facundiſſimos confecimus; in quatuor libros eaſdem Inſtitutiones partiri juſſimus, ut ſint totius legitimæ ſcientiæ prima elementa.*

4. *Pandectarum*) Pandectæ, παρα το παν δεχεσθαι, quod omnis generis leges complectantur. Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 1. §. 6. VINN. Eamdem vocabuli rationem ipſe Juſtinianus reddit, *quod omnes diſputationes & deciſiones in ſe habeant legitimas, & quod undique fuit collectum, hoc in ſinus ſuos receperint*. *l.* 1. §. 12. *C. de vet. jur. enucl.* Sed non Juſtinianus hujus tituli auctor: Pandectas enim & Digeſta jam ſcripſerunt Ulpianus, Modeſtinus, immo & Sabinus, Julianus, Alfenus Varus, Celſus, Marcellus, & alii. HEIN.

Collectum eſt) Libri veteres, teſte Hotom. *collatum eſt*. Et ita Theoph. *εν οις ηθροισαι πασα η των αρχαιων νομοθεσια*.

Ceteros) Præter Tribonianum, Theophilum, Dorotheum, tredecim aliis uſus eſt Juſtinianus, quos enumerat & nominat *in præfat. Digeſt.*

In quatuor libros) Apud Theophil. abundant verba, *των ειρημενων Διγεστων*. Fabrot.

Quid in Inſtitutionibus contineatur.

5. *In quibus breviter expoſitum eſt & quod antea obtinebat, & quod poſtea deſuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum eſt.*

5. *Deſuetudine*) Teoph. *ασυνηθεια*, quaſi dicas *inſuetudine*. Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis uſucapionum, exheredationis liberorum, legatorum, ſucceſſionum ab inteſtato, bonorum poſſeſſionum, ſatisdationum, &c.

Illuminatum eſt) Theoph. *εφωτισθη*. Intelligit autem & deſuetorum quorumdam in uſum revocationem, & aliorum vel interpolationem vel abolitionem.

Ex quibus libris compoſitæ ſunt Inſtitutiones, atque earum recognitio, & confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum Inſtitutionibus, & præcipue ex Commentariis Caji noſtri tam Inſtitutionum, quam rerum quotidianarum, aliiſque multis Commentariis compoſitas, cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, & legimus, & recognovimus, & pleniſſimum noſtrarum Conſtitutionum robur eis accommodavimus.*

6. *Præcipue ex commentariis Caji*) Hoc ita eſſe vel ex reliquiis ſcriptorum Caji, quæ in Pandectis ſuperſunt, cuivis animadvertere licet; ſæpius enim hujus unius, quam ceterorum omnium verba in his libris proferuntur.

Noſtri) Benevolentiæ ſignificatio, ac ſic plerumque prædeceſſores, qui noſtræ fuerunt profeſſionis, appellamus. *Scævola noſter* apud Paulum & Triphoninum ſæpe: apud Pomponium *Cajus noſter*, *l. pen. D. de ſtip. ſerv.* Floruit ſub Hadriano & Marco *l.* 7. *D. de reb. dup. l. pen. D. ad SC. Tertyll.*

Recognovimus) Id eſt, corrigendi cauſa diligenter & attente legimus. Cic. *pro Balb. cap.* 5. *Nos Cn. Pompeji decretum, judicium, de conſilii ſententia pronunciatum recognoſcemus?*

Conſtitutionum robur eis accommodavimus) His verbis indicatur Inſtitutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophilo, *διαταξις βεβαιουσα τα ινστιτουτα*.

Adhortatio ad ſtudium juris.

7. *Summa itaque ope, & alacri ſtudio has leges noſtras accipite: & voſmetipſos ſic eruditos oſtendite, ut ſpes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, poſſe etiam noſtram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. CP. XI. Kalend. Decemb. D. JUSTINIANO PP. A. III. COS.*

7. *Summa ope & alacri ſtudio*) Epilogus exhortatorius, ut in ſuaſoriis uſitatum, a ſpe & expectatione præmiorum. Cic. 1. *de orat. c.* 8. *Pergite, ut facitis, adoleſcentes, atque in id ſtudium, in quo eſtis, incumbite; ut & vobis honori, & amicis utilitati, & Reipub. emolumento eſſe poſſitis.*

D. CP. XI. KAL. DECEMB.) Id eſt *Data Conſtantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Juſtiniano perpetuo Auguſto tertium Conſule*. In quibuſdam libris, PP. quaſi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis conſuetudo repudiat. Hotom. VINN. Quamvis ex hac ſubſcriptione pateat, Inſtitutiones prius, quam Pandectas, confirmatas; auctoritas tamen utriuſque libri ab eodem die III. Kal. Jan. dependet, *l.* 2. §. *pen. C. de vet. jur. enucl.* Unde non ſemper Pandectæ derogant Inſtitutionibus: ſed obſervandæ ſunt regulæ B. Huberi *in præl. ad h. l.* §. 10. HEIN.

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Lib. 1. Tit. 1. Dig.

1. *Partitio & ſeries totius operis.*
2. *Juſtitia vulgata diſtributio explicata.*
3. *Etiam univerſalem juſtitiam diſciplina civili propoſitam.*
4. *Utrum juſtitia in univerſalem & particularem diſtributio neceſſaria ? Sceptice.*
5. *Varia juris ſignificata, & qua in ſignificatione hoc verbum hic accipiatur.*
6. *Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur.*

1 DUo hæc in omni jure conſtituto inſunt: jus ipſum ſeu lex, quæ jubet & conſtituit; tum res, quæ eo jure jubetur conſtituiturque: ac proinde univerſi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una eſt de jure conſtituente, ſive de legibus qua naturalibus, qua civilibus: altera de jure conſtituto, ſive de eo, quod legibus ſancitum cautumque eſt. Et quia prima natura quæſtio eſt de jure conſtituente, de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modo in his Inſtitutionum libris, ſed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæſtio proponitur atque abſolvitur quatuor titulis in veſtibulo ſive ingreſſu Pandectarum; reliquo opere agitur de jure conſtituto. Idem & in Inſtitutionibus noſtris obſervatum eſt: ſiquidem duo priores tituli hujus libri primam quæſtionem continent: reliqua parte operis altera quæſtio, quæ multo latius patet, tractatur, atque εἴδῳ διαιρετικῇ abſolvitur, initio facto a diſcretione materiæ, ſive ſubjecti hujus ſcientiæ; quæ diviſio in hac quæſtione omnium prima eſt & generaliſſima. In-
2 ſcribitur hic titulus *de juſtitia & jure*. Ariſtoteli & plerisque moralis philoſophiæ profeſſoribus juſtitia duplex eſt, univerſalis, & particularis. Ad univerſalem pertinet tritum illud Poetæ gnomologi:

Εν δε δικαιοσυνη συλληβδην πασ᾽ αρετη εςι.

Comprehendit ſcilicet in ſe hæc juſtitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamen cum reſpectu, quatenus nimirum illa neceſſaria ſunt, aut conducunt ad perfectionem & conſervationem civilis ſocietatis, ut ne quid admittatur contra rationem, aut honeſtatem, quod non admitti vel publice, vel privatim interſit. Hæc eadem juſtitia & legalis dicitur, propterea quod non minus late patet, quam ipſæ leges, quæ etiam ſunt regula & norma hujus juſtitiæ: unde a Cicerone *lib. 1. de legib. cap. 15.* definitur *obtemperatio ſcriptis legibus & inſtitutis populorum*: ab Ariſtotele *lib. v. Eth. 1. obedientia erga omnes leges.* In ſumma hæc juſtitia a virtute in genere non differt eſſentia, ſed hactenus tantum, quod quando conſideratur ut habitus animi, dicatur virtus ſimpliciter; quando ut civilis ſocietatis conſervatrix, juſtitia, auctore Michaele Epheſio ad *d. loc.* Ariſt. Vitium huic legali juſtitiæ oppoſitum dicitur παρανομία. Particularis juſtitiæ duas ſpecies conſtituunt, quarum alteram διανεμητικὴν Ariſtoteles vocat, id eſt, *diſtributivam*; alteram συναλλακτικὴν, id eſt, *commutativam*. Diſtributiva reſpicit ἀξίαν, quod quiſque meretur, quod cuique convenit, ſive id præmium ſit, ſive pœna, ſive honor, ſive onus. Commutativa ſuum cujuſque proprie ſumptum ſpectat, & alio nomine melius διορθωτικὴ a Philoſopho appellatur: nam ut poſſeſſor rei meæ eam mihi reddat, non eſt ἐκ συναλλάγματος, & tamen ad eandem hanc juſtitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non eſt, quod plerique tradiderunt, a juſtitia commutativa reſpici proportionem ſimplicem, quam arithmeticam vocant, a diſtributiva comparatam, quam appellant geometricam, quæ mathematicis & revera ſola proportio eſt; neque enim per ſe juſtitia commutativa a diſtributiva differt tali proportionum uſu, ſed objecto & materia, circa quam verſatur. Nam & contractus ſocietatis expletur proportione comparata; & ſi unus tantum aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia, quam ſimplici commenſione attributio fit; & contra, ſi quis de ſuo legare velit, diſtributiva juſtitia uti ſolet, & merita conſiderare, *l. 9. ff. pro ſoc.* Sed & in delictis coercendis pœnarumque irrogatione modo arithmetica, modo geometrica proportio ſervatur; quod tamen totum eſt juſtitiæ diſtributricis. D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. c. 1. n. 8.* Vitium particulari juſtitiæ oppoſitum πλεονεξία dicitur, cujus verbi vim Latini per vo-
cem *injuria* fere exprimunt. Diſciplina civilis non 3
dirigit internas animi functiones, & potiſſime verſatur circa juſtitiam particularem, in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non poteſt, quin interim quoque ſpectet juſtitiam univerſalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim juſte vivendum eſſe ſecundum omnes leges: ipſaque adeo juris præcepta omnem ſpeciem virtutis & honeſtatis continent, certe quatenus eo ſpectant, ut juſte vivatur, & civium inter ſe honeſta ſit ſocietas, quod hic quærimus. Et vero ſi legibus & legum latoribus propoſita eſt univerſa virtus, ut ſane eſt, cum beatitudo civilis ſit univerſarum legum ſumma, teſte Platone 5. *de legib.* etiam legum ſcientiæ & conſultis eadem propoſita erit: neque enim minus late patet officium Juriſconſulti in legibus interpretandis, quam legiſlatoris in ſanciendis: totoque falluntur judicio, qui officium Juriſconſulti cancellis forenſium cauſarum circumſcribunt. Utique illa: *hominem mortuum in urbe ne ſepelito, neve urito: rogum aſcia ne polito! Mulieres genas ne radunto, neve leſſum funeris ergo habento*, & ſimilia lege duodecim tabb. cauta, nullo modo ad juſtitiam particularem referri poſſunt. Quod ſi quid in hujuſmodi quæſtione valere debet auctoritas Principis, ipſe Juſtinianus *Nov. 69. in pr.* di-

diſerte ait, *juſtitiam illam, quæ ſingulis virtutibus aſſiſtit, eaſque ad debitum finem perducit*, etiam finem eſſe
4 legum prudentiæ. Temperare mihi non poſſum, quin illud hic ſubjungam, eſſe, qui vulgatam illam juſtitiæ diſtinctionem negant eſſe neceſſariam, & ſimplicius eſſe contendunt, ſi unum tantum juſtitiæ genus eſſe dicamus. Quod ſi verum eſt, ſublata erit hæc diſputatio. Hi ita differunt. Ut ſingularum virtutum omnium, ita & juſtitiæ unum genus eſſe, διορθωτικον πασης ανισοτητος, η αδικιας; ſicut ex contrario nec duo injuſtitiæ genera ſunt, ſed unum tantum, ſive το ανισον dicas, ſive παρανομον, utrumque enim omnem comprehendere injuſtitiam, etiam ipſum Ariſtotelem docere; neque παρανομιαν & πλεονεξιαν genera eſſe oppoſita, ſed hanc illius ſpeciem. Hoc item & Ariſtotelem fateri. Adhæc non ſimpliciter verum eſſe, quod reliqua injuſtitiæ genera non tantum pugnent cum juſtitia, verum etiam cum alia virtute: πλεονεξια autem cum ſola juſtitia, quo maxime argumento ad diſtinctionem ſuam probandam utitur Ariſtoteles. Poſſe quidem in una actione cum alio vitio injuſtitiam concurrere: ceterum nullas actiones injuſtas, quatenus injuſtæ ſunt, cum alia virtute directo pugnare, ſed cum juſtitia duntaxat: ſicut nec ex contrario alia vitia cum juſtitia, ſed cum oppoſitis ſibi virtutibus. Ut ecce; qui adulterium committit, eum & injuſtum eſſe, quod alienum violat thorum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Jam vero violare thorum alienum, quod eſt injuſtitiæ, non pugnare cum temperantia (quid enim ſi quis quæſtus ſui cauſa id fecerit?) nec explere libidinem cum juſtitia, non magis, quam ſi quis libidinis explendæ cauſa cum ſcorto congreſſus ſit. Denique ex hoc etiam exemplo patere poſſe & πλεονεξιαν eodem modo cum alia virtute committi; nam adulterum & πλεονεκτην eſſe ſive injurium, & intemperantem. Innumera vero afferri poſſe, quæ cum ſint ανομα, & in ſpeciem πλεονεξιας non cadant, cum nulla tamen alia virtute pugnent, quam cum juſtitia. Nam ſi quis e decem, quos habeat, ſex ſervos teſtamento manumiſerit; aut ſi minor viginti annis ſervum manumiſerit, non dicta apud Conſilium cauſa, utrumque injuſte facere; illum contra legem Fuſiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam: neutrum tamen injurium eſſe, neutrum ignave aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit, ſi fundum dotalem cum conſenſu uxoris alienaverit, aut obligaverit, ſi fœmina interceſſerit, ſi filiofam. pecunia mutuo data ſit, ſi frater ſororem adoptivam uxorem duxerit; haſce actiones omnes, & ſimiles, injuſtas eſſe, & legibus aut ſenatuſconſultis improbari: nec tamen qui iſta faciunt, injurios dici poſſe, aut intemperantes, vel ignavos. Ceterum nihil in
5 præſentia definio. Juris vocabulum πολυσημον eſt: propria ſignificatio una, minus propriæ plures. Proprie jus dicitur naturæ aut populi, ejuſve, qui vicem populi ſuſtinet, juſſum. Arguit id etymon ipſius vocabuli, quod a jubendo dictum eſſe vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Feſto, jura dixerunt *juſſa*. In hac autem ſignificatione paſſim uſurpatur; veluti cum dicimus, jure quid fieri, juris rationem non pati, contra jus eſſe; ſic dicitur jus naturale, civile, prætorium: ceteræ ſignificationes minus propriæ; ut primo cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur & cuique tribuitur: idque vel generatim, & indefinite, ut in hiſce formulis aut id genus aliis, cum dicimus jus ſuum cuique tribuere, nemini mortalium jus ſuum detrahi oportere: eodemque modo haud dubie accipi debet, cum dicimus jura ſanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis jura, nempe pro beneficiis ſanguini, agnationi, naturæ, adoptioni jure tributis, vel ſpecialiter pro facultate & poteſtate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur, ut in definitionibus itineris, actus, viæ, uſuſfructus, actionis; in quibus omnibus metonymia eſt continentis pro contento. Secundo cum jus accipitur pro juris arte per eandem figuram converſo modo, ut in *l.1. in pr. hoc tit.* Tertio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus *in jus vocare, in jure confeſſos pro judicatis haberi*: in quo idem fere tropus eſt, μετωνυμια adjuncti pro ſubjecto. *l.pen. eod.* Quod ſi nunc quæratur, qua in ſignificatione jus hoc loco accipi debeat, propriane, an figurata? conſtanter reſpondebimus, in propria. Arguit hoc ipſa materia, quæ & in hoc & in ſeq. titulo tractatur. Arguunt definitiones & diviſiones, quæ utroque titulo & in ✠. eod. traduntur: ut mirum ſit inveniri, qui ſerio contendunt, jus hic pro juris arte accipiendum. Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, hæc eſt. Primum traditur definitio juſtitiæ & juriſprudentiæ, quaque ratione ac via tironibus hæc diſciplina proponenda ſit, indicatur. Hinc jam ea pars, 6 quæ eſt de jure conſtituente, inchoatur, traduntur que juris præcepta, juris civilis diviſio, & ſubdiviſio privati. Singula nunc videamus.

TEXTUS.

Definitio Juſtitiæ.

Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi.

NOTÆ.

AUctor hujus definitionis eſt Ulpian. *l.10. D. hoc titul.*

Voluntas) Metonym. pro habitu voluntatis ſive ἕξει, ἀφ' ἧς βουλομεθα τα δικαια, ut Paraphraſt. ad v. *Nicom. c. 1.*

Jus ſuum cuique) Objectum juſtitiæ eſt jus cujuſque ſuum: finis, ut id quiſque obtineat, i. e. ut cuique, quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Athanaſ. in ſyn.8. ſer. αποδιδοναι εκαστῳ το ιδιον. Plato 1. *de Rep.* hunc finem exprimit his verbis, τα οφειλομενα εκαστῳ αποδιδοναι.

Tribuendi) Alias *tribuens*, Theophil. νεμητα, Cic. v. *de fin.cap.23. Affectio animi ſuum cuique tribuens, quæ juſtitia dicitur*, & ita etiam alibi, *lib. 1. de off.cap.4.* & 11. *ad Heren. c.52. ſeqq.*

COMMENTARIUS.

VOluntas) Scimus voluntatem eſſe potentiam naturalem, juſtitiam autem virtutem eſſe & habitum animi προαιρετικον, ac proinde qualitatem adven-

titiam. Falſum igitur, dicat aliquis, genus. Si reſpondemus, genus eſſe metonymicum, effectumque pro cauſa poſitum, voluntatem ſcilicet pro habitu, qui eam efficit, jam contra omnem philoſophiam, omnemque rationem videbimur qualitatem adquiſitam cauſam ſtatuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verùm obſervandum eſt, non ſimpliciter pro genere voluntatem poni, ſed επιθετως voluntatem conſtantem & perpetuam. Ut velimus a natura eſt; ut conſtanter ab habitu. Potentia naturalis, quatenus promovet habitum, ejus ex parte cauſa eſt; quatenus autem ipſa politur ac perficitur ab habitu, effectum.

Conſtans & perpetua) ςαθηρα, και διηνεκης, quæ verba juſtitiæ habitum ibi demum eſſe indicant, ubi perpetuo, & conſtanter quis agit, atque ut Ariſtoteles loquitur, βεβαιως και αμεταχινητως εχων, II. *Eth.* 4. Ne quis autem putet vitioſum eſſe, quod juſtitia definiatur per ejuſmodi habitum, cujus homo non ſit capax; res definiri ſolet non ad conditionem ſubjecti, ſed qualis eſt eſſentia ſua; ſicut ab Ariſtotele felicitas, a Platone reſpublica, a Xenophonte Princeps, a Cicerone & Quintiliano orator deſcribitur. Eodem modo & juſtitia hic definitur, non ut ineſt huic vel illi ſubjecto, ſed prout ineſſe debet juſtitiam profitenti; in abſtracto, inquam, non in concreto. Vinn. Hæc definitio Stoam redolet, quam pleraque jureconſultorum ſcripta. Omnis autem virtus, adeoque & juſtitia Stoicis in conſtante & perpetua voluntate poſita videbatur. Cic. *Parad.* III. I. Sen. *Epiſt.* LXVI, & CXXI. Hein.

Jus ſuum cuique tribuendi) ἑκαςῳ το ιδιον απονεμουσα δικαιον. Quod Dialectici docent, habitus definiri aſſumpto ad genus objecto & fine, id etiam in hac definitione obſervatum. Objectum juſtitiæ eſt jus cujuſque ſuum: finis, ut id quiſque obtineat, hoc eſt, ut cuique, quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Atque hunc finem ſimpliciter Plato expreſſit his verbis: τα οφειλομενα εκαςῳ αποδιδοναι. I. *de repub.* Auctor propoſitæ definitionis eſt Ulpian. *l. juſtitia* 10. *hoc eod. tit.* plenior & planior hæc eſt; Juſtitia eſt habitus animi, per quem ita affecti ſumus, ut ſuum cuique, quantum in nobis eſt, tribuere velimus.

Textus.

Definitio Juriſprudentiæ.

I. ***Juriſprudentia eſt divinarum atque humanarum rerum notitia, juſti atque injuſti ſcientia.***

Notæ.

I. *Juriſprudentia*) Quæ & ſcientia & ars juris, & intelligentia & civilis ſapientia. His enim nominibus promiſcue uti ſolent, qui populariter loquuntur.

Divinarum atque humanarum rerum.) Subjectum: modus autem conſiderandi, quatenus de jure earum quæritur; quem modum indicant verba ſequentia, *juſti atque injuſti*. M. W.

Scientia) Juriſprudentia eſt habitus intellectus: Juſtitia, ut virtus moralis, eſt habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Ulpiani eſt, *d. l.* 10. §. 2. *D. hoc tit.*

Commentarius.

Juriſprudentia) Diſciplina noſtra nunc ſcientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis ſapientia, hic prudentia appellatur; hiſce enim nominibus promiſcue utuntur non juriſconſulti tantum, ſed etiam ceteri auctores, qui populariter loquuntur. At enim cum hæc diſciplina ſit habitus practicus (eſt enim ſine controverſia pars philoſophiæ practicæ) ſi ſtricte loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis ſpecies ſingula illa nomina cum Ariſtot. IX. *Eth.* 3. accommodare, ſolum nomen prudentiæ huic diſciplinæ tum conveniet.

Divinarum atque humanarum rerum notitia) Hæc item deſcriptio Ulpianum auctorem habet *l. juſtitia.* 10. §. 2. *hoc tit.* Genus in hac deſcriptione eſt notitia aut ſcientia; idem enim hæc duo ſignificant. Differentia petitur a ſubjecto ejuſque conſiderandi modo: unde & finis ſponte ſua intelligitur. Subjectum juriſprudentiæ ſunt res divinæ & humanæ; modus conſiderandi, quatenus de jure earum quæritur; ſcilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris ſunt; quæ in commerciis atque extra commercia; quæritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ; & in his earum acquiſitio, conſervatio, alienatio; & id genus alia, quorum omnium tractatio ad juriſconſultum pertinet. Hunc vero conſiderandi modum ſequentia definitionis verba indicant, *juſti atque injuſti ſcientia*; nempe hactenus res divinas & humanas eſſe objectum hujus ſcientiæ, quatenus ea, cum de jure harum rerum quæritur, quid juſtum aut injuſtum ſit, doceat. Quod ſi cui hæc explicatio ſubtilior videtur, ecce aliam magis popularem. Certum eſt, diſciplinam civilem non tantum in privati, ſed etiam in publici juris cognitione verſari; publici autem juris cum pars ſit divinum, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* merito ea rerum divinarum atque humanarum, hoc eſt, divini & humani juris notitia dicitur; juſti atque injuſti, id eſt ejus, quod fas & jura ſinunt, aut non ſinunt, ſcientia. Sane veteres juris interpretes etiam ſacris cæremoniiſque Deorum præfuiſſe teſtis eſt hiſtoria. A Celſo hæc diſciplina ab officio eam profitentis elegantiſſime & breviſſime deſcribitur, *ars æqui & boni.* *d. l.* I. *in pr.* ſiquidem officium juriſconſulti & prudentia illius tota in eo conſiſtit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum ſit, videre, tum diſcernere, & de eo reſpondere poſſit conſilium ſibi expetentibus. Vinn. Hæc quoque definitio Stoica eſt. Stoici enim ita deſcribere ſolebant philoſophiam. Sen. *Ep.* LXXXIX. Quum vero inter jureconſultos & philoſophos απρακτυς magna eſſet æmulatio, Merill. *Obſ.* I. I., & illi ſibi veræ & non ſimulatæ philoſophiæ ſtudium tribuere ſolerent, *l. i.* §. I. *ff. h. t.*; non dubitarunt, definitionem philoſophiæ juriſprudentiæ tribuere, addita tamen differentia ſpecifica: *juſti atque injuſti ſcientia.* Hein.

Tex-

TEXTUS.

De juris methodo.

2. *His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur poſſe tradi commodiſſime, ſi primo levi ac ſimplici via, poſt deinde diligentiſſima atque exactiſſima interpretatione ſingula tradantur; alioqui ſi ſtatim ab initio rudem adhuc & infirmum animum ſtudioſi multitudine ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut deſertorem ſtudiorum efficiemus, aut cum magno labore, ſape etiam cum diffidentia, (qua plerumque juvenes avertit,) ſerius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus, ſine magno labore & ſine ulla diffidentia maturius perduci potuiſſet.*

NOTÆ.

2. *Generaliter*) Curſim, obiter, ſummatim, εν παρεργῳ.

Levi ac ſimplici via) Τυποδως, craſſa ac pingui Minerva. Præclare Ariſt. Δει γαρ, inquit, ὑποτύπωσαι πρωτον, ενθ' υϛερον αναγραφειν. *Prius lineamenta prima ducenda ſunt, & opus informandum, poſt utendum veris coloribus*. Nec minus ſcite Quintil. 1. *Inſt. orat.* 2. *Ut Vaſcula*, inquit, *oris anguſti ſuperfuſam humoris copiam reſpuunt, ſenſim autem influentibus complentur; ſic animi puerorum*.

Diligentiſſima atque exactiſſima) Hoc ad ſummam ſcientiæ eſt neceſſarium, ut prius illud incipientibus magis convenit.

Duorum alterum) Δυοιν θατερον. Quintilian. *Procem. lib.* VIII *Incipientibus brevius & ſimplicius tradi convenit. Aut enim difficultate inſtitutionis tam numeroſa atque perplexa deterreri ſolent; aut eo tempore, quo pracipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda ſunt, aſperiorum tractatu rerum atteruntur*.

Cum diffidentia) Cic. *in orat. cap.* 1. *Vereor, ne tandem ſtudia multorum, qui deſperatione debilitati experiri id nolunt, quod aſſequi ſe poſſe diffidant*.

COMMENTARIUS.

Quod pictores facere ſolent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, poſt veris coloribus utuntur, id etiam in quavis arte docenda faciendum eſt. Primo enim τυποδως, craſſe & ſimpliciter, poſtea ακριβεϛερον, diligentius & ſubtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad ſummam ſcientiæ eſt neceſſarium.

Duorum alterum) Duplicem hujus rei rationem affert. Prima eſt, ne difficultate initio propoſitâ deterreantur animi adoleſcentum, voluntatemque diſcendi unà cum ſpe perdiſcendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus ſcientiæ ab hoc aditu patefacto perveniant, ad quam aut ſerius, aut nunquam pervenirent, (certe non ſine magno labore, aut diffidentia,) ſi eo tempore, quo præcipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda ſunt, aſperiorum tractatu rerum atterantur, ut diſputat Fabius in *procem. lib.* VIII *Inſt. orat.* Commentariorum, quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Ceterum qui jam aliquandiu hoc ſimplici cibo paſti ſunt, iis nihil prohibet eundem paulo doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus eſt uno promiſcuo apparatu & frugaliter incipientes, & opipare provectos nitide omnes excipere.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3. *Juris pracepta ſunt: Honeſte vivere: alterum non ladere: ſuum cuique tribuere.*

NOTÆ.

3. *Juris pracepta*) Non regulæ artis juris, ut Hopper. & Cont. ſed dictata juris naturæ *αι κοιναι και φυσικαι εννοιαι*, inſitæ & quaſi conſignatæ in animis noſtris notiones, ex *l.* 10. §. 1. *D. eod.*

Honeſte vivere) Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honeſtate, etiamſi non expreſſe prohibita. *Eſt aliquid*, inquit Cic. *pro Balbo, cap.* 3. *quod non oporteat, etiamſi licet*. fac. *l.*144. *de reg. jur.*

Alterum non ladere: ſuum cuique tribuere) Horum alterum ad perſonam alterius referri videtur; alterum ad res externas. Cic. 1. *de offic. cap.* 5. *Juſtitia primum munus eſt, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus; privatis, ut ſuis*. Sen. III. *de benef. c.*14. *Æquiſſima vox eſt, & jus gentium pra ſe ferens, Redde, quod debes*.

COMMENTARIUS.

Non aſſentior Hopporo *lib.* 1. *de art. jur.*, nec Contio ad *hunc* §., qui præcepta hoc loco & apud *Ulp. l.*10. §.1.*eod.* pro regulis hujus artis poſita putant: ſiquidem præcepta artium principia ſunt cognoſcendi, ut definitiones & diviſiones; atque ita non tres regulæ, ſed una tantum proponeretur præceptorum juris diſtributio. Rectius præcepta hic accipiemus generalia quædam dictata ac præſcripta juris illius communis, quod ſemper æquum & bonum eſt, ſive notiones quaſdam a natura inſitas & quaſi conſignatas in animis noſtris; *κοινας και φυσικας εννοιας*. Et primo quidem, quo vitæ honeſtas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, exiſtimationem noſtram, & generaliter quæcunque pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honeſtate: in tantum, ut etiam ab iis nonnunquam abſtinendum ſit propter honeſtatem, quæ legibus civilibus permiſſa, aut non expreſſe prohibita ſunt, juxta tritum illud, *non omne, quod licet* ho-

honeſtum eſt. De quo multa præclare Pet. Faber ad *l. non omne. 144. de reg. jur.* Nimirum eſt aliquid, quod non oportet, etiamſi liceat, ut bene Cicero *pro Balbo, cap.* 3. neque vere ſimplex hæc admonitio eſt, ut quibuſdam videtur, ſed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeo, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ paſſim tolerari conſtat. ἔλλειψις eſt legis civilis, cujus latorem officii ſui admoneant, ne vel boni cauſa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujuſmodi conniventia excuſari ſolet, *quod propter redundantem in humana natura perverſitatem, quædam etiam non decora ac ſalutaria, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda ſint, ne majoris mali præbeatur occaſio*. Verba fere ſunt & ratio Imp. Leonis, qui uſum uſurarum, quas pater ſuſtulerat, hoc obtentu non dubitat reſtituere. *Nov. Leon.* 83. Duo reliqua præcepta duo diſtincta munera juſtitiæ evidenter continent. Sic enim craſſe ea accipio, ut ſecundum [*alterum non lædere*,] ad perſonam alterius referatur; ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, exiſtimationem lædamus aut violemus: tertium (*ſuum cuique tribuere*) ad res externas; ut ab alieno manus abſtineamus, hoc eſt, res alterius non attrectemus aut minuamus; ut patiamur unumquemque rebus ſuis uti, ut reddamus quod alienum apud nos eſt. Cui explicationi conſentaneum eſt, quod ſcribit M. Tullius *lib. 1. offic. cap.* 5. *Juſtitiæ primum munus eſſe, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus; privatis, ut ſuis*. Plus juſto religioſi ſunt, qui nec plura eſſe juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter univerſum juſtitiæ munus comprehendi poteſt, ut in definitione juſtitiæ tertio præcepto duo priora comprehenſa ſunt: poſſunt & quædam juſtitiæ munera aliis præceptis aut verbis ſpecialius aut evidentius exprimi; ut *Deum colere, parentes revereri, pacta ſervare*, &c. Nemo melius hæc explicavit, quam Claud. Cantiuncula in doctiſſima ſua paraphraſi. Vinn. Sed & hæc juris præcepta ſtoica ſunt. Honeſtum iis ex quatuor virtutibus cardinalibus exiſtere videbatur, *prudentia, temperantia, fortitudine & juſtitia*. *Honeſte* ergo *vivere* ad temperantiam pertinet; *neminem lædere* ad fortitudinem; *ſuum cuique tribuere* ad juſtitiam. Prudentiæ, tanquam virtutis intellectualis, rationem non habuerunt jureconſulti. Eſt hæc obſervatio viri eximii, Thomaſii *in Not. ad Inſt. h. t.* Hein.

Textus.

De jure publico & privato.

4. *Hujus ſtudii duæ ſunt poſitiones, publicum, & privatum. Publicum jus eſt, quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat. Privatum eſt, quod ad ſingulorum utilitatem pertinet. Dicendum eſt igitur de jure privato, quod tripertitum eſt: collectum enim eſt ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus.*

Notæ.

4. *Duæ poſitiones*] Id eſt, duo themata, partes, ſpecies, δύο εἴδη. Ex Ulp. *l. 1. §. 2. eod.* alii tres fecere ſpecies, ſacrum, publicum, privatum. Auſon. in *Idyll.* 15. ſed Ulpian. *d. loc.* ſub publico etiam ſacrum comprehendit. Bud. Vinn. Frequenter jureconſulti veteres eas ſpecies, quæ habent mixtam cauſſam, negligunt, quaſi confuſas cum ſimplicibus, atque inde ejuſdem rei modo tripartita, modo bipartita diſtributio eſt. Rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt *Probab.* 1. 12. qui & hoc ipſum exemplum huc refert *Obſ.* 11. 21. Hein.

Quod ad ſtatum rei Romanæ) Quod utilitate publicum eſt, non quod ſola auctoritate: eſt enim hæc diviſio a fine ſumpta, non a cauſa efficiente.

Ad ſingulorum utilitatem] Quod privatim ad cujuſque civis rem pertinet familiarem. Quamquam & hoc per conſequentiam publice & illud privatim utile.

Collectum ex naturalibus præceptis &c.] Jus, quo privati in civitate utuntur, tribus quaſi ex fontibus in Remp. defluxit; natura, gentium inſtitutis, & inventis cujuſque civitatis.

Commentarius.

1. *Quot modis dicatur jus publicum.*
2. *Antonius Orator notatus.*
3. *Ariſtotelica juris civilis diſtributio explicata.*
4. *Juſtinianus immerito reprehenſus a Rod. Agricola.*
5. *Ulpianus cum Gajo, &c. conciliatus.*
6. *Appellatione juris poſitivi quale jus ſignificetur.*
7. *Optima juris privati diviſio.*

Hujus ſtudii duæ poſitiones] Studium figurate pro jure, cui ſtudetur: nam ſtudium nullum publicum eſt, ſed cujuslibet proprium & privatum. Poſitiones, id eſt, θέματα, partes, ſpecies, δύο εἴδη. Eſt autem hæc diviſio ſumpta ab objecto, ac fine principali; & fortaſſe rectius tres ſpecies ponerentur, ut a Cicerone 1. *de legib.* & Auſonio in *Idyll. Divinum, publicum, & privatum*: aut ſi διχοτομία magis arridet, dividi commode poteſt in *divinum & humanum*; humanum deinde ſubdividi in *publicum & privatum*. Enimvero Ulpianum hujus diviſionis auctorem, ſub publico etiam divinum comprehendiſſe certum eſt; ait enim, *jus publicum in ſacris, ſacerdotibus, & magiſtratibus conſiſtere. l. 1. §. 2. hoc tit. Ceterum juris* illius ſacri, ut ethnici & impii, tractationem in [illegible]. omiſerunt Compoſitores Chriſtiani. Quæ autem de hoc jure extant in Codice Chriſtianorum Impp. conſtitutiones, eatenus recipiendæ ſunt, quatenus verbo Dei non repugnant. Vinn. Studium pro arte itidem ϛοῖχας dicitur, uti oſtendit Merill. *Obſ. lib. 1. c.* 2. Jus divinum humano oppoſitum, alioquin non eſt jus de rebus ſacris, ſed jus a Deo profectum: nec admodum concinna videtur illa διχοτομία, immo ne neceſſaria quidem, quum jus ſacrum ſine dubio ſit pars nobiliſſima juris publici. Hein.

Publicum jus eſt) Juris publici nomen non uno mo-

1 do accipitur. Id ne quem turbet, ſciendum eſt jus publicum ſæpe dici non a materia & fine, ut hoc loco, ſed a forma aut cauſa efficiente, non quod utilitate publicum eſt, ſed auctoritate. Ita accipitur in *l. 8. de tutel. l. ex ſententia 29. de teſt. tut.* multiſque aliis in locis. Item apud Terent. *in Phorm.* II, III., 65. *Anne id quidem adipiſcar ego, quod jus publicum eſt?* in *l. quod 15. §. 1. ad leg. Falc.* dicitur retentio Falcidiæ jure publico competere. *in l. damni 18. §. 1. de damn. inf.* uſucapio jure publico contingere, hoc eſt, eo jure, quod publice ſive publica auctoritate conſtitutum eſt; eodem ſenſu & teſtamenti factio juris publici eſſe dicitur. *l. 3. qui teſtam. fac.* nimirum quia a lege eſt, ſeu publica legis auctoritate conceſſa. *l. 1. pr. verſ. ſecundo. ad leg. Falc. l. verbis legis 120. de verb. ſign.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus: quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent; quod Papinianus ſic expreſſit, *l. ult. de ſuis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non cenſentur.* Et quod paſſim legimus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non poſſe. *l. jus publicum 38. de pact. l. Neratius 20. de relig. l. 15. §. 1. ad leg. Falc. l. neque pignus 45. §. 1. de reg. jur.* nihil aliud ſignificat, quam ex eo jure aut forma ejus juris, quod quacunque de re publice conſtitutum eſt, privatorum pactionibus nihil poſſe immutari. *d. l. nec ex 27. de reg. jur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejuſdem civitatis commune eſt. Nam quod Papinian. in *l. inter. 51. §. pen. de fidejuſſ.* & Zeno in *l. ult. C. de reſt. in integ.* commune appellant, id eodem ſenſu publicum appellat Ulpian. *l. nihil conſenſui. 116. §. 1. de reg. jur.* itemque Imp. *l. 2. C. ne ux. pro mar.* ad diſtinctionem, ut videtur, juris ſingularis ſive privilegii, quod certarum duntaxat perſonarum proprium eſt. Hoc autem loco ab objecto & fine id ſolum jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc eſt totius populi univerſim & conjunctim pertinet; non item ad ſingulos, niſi ſecundario & per conſequentiam. Nam quod publice utile eſt, id non poteſt non utile eſſe privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicam quoque per conſequentias æſtimamus, veluti cum dicimus, *publice expedire ſuprema hominum judicia exitum habere: intereſſe reipub. ne quis re ſua male utatur*, aliaque id genus.

Rei Romanæ] id eſt, reip. *Romanæ.* Virgilius VI. *Æneid.* v. 857. *Hic rem Romanam magno turbante tumultu Siſtet eques.* de Marcello loquitur. Ennius; *Moribus antiquis res ſtat Romana viriſque.* Si vocem *Romana* detrahas, definitio erit generalis: ſed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ privatorum loco erant, *l. 15. & ſeq. de verb. ſign.* vel potius, quia Juſtiniano tantum propoſitum eſt, jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulpiano, unde hæc ſumpta ſunt. Juris publici ſunt, quæ pertinent ad religionis cultuſque divini curam, ad pacis bellique ordinationem, ad fines & magnitudinem imperii, ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum cudendarum, ad exercenda judicia, delicta coercenda, magiſtratuſque creandos, per quos hæc expediantur.

Quod ad ſingulorum] Jus privatum in hac diviſione eſt, quod ſingulorum civium cauſa recta & principaliter comparatum eſt. Itaque & teſtamenti factio, & retentio Falcidiæ, & uſucapio, &c. hoc ſenſu ſunt juris privati.

Dicendum eſt de jure privato) Juris publici tractatio difficilior atque ſublimior Juſtiniano viſa eſt, quam ut tironibus proponi debeat; ideoque nec nos plura de eo dicemus. Ceterum ut illud obiter moneam, 2
quod locus poſtulare videtur, apparet ex hac juris diviſione, itemque ex definitione juriſprudentiæ, Antonium apud Ciceronem *lib. I. de orat. cap.* 48. non Juriſconſultum, ſed legulejum deſcribere, *qui legum & conſuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad reſpondendum & ad agendum & ad cavendum peritus ſit.* Præſtantiſſimam ſcilicet hujus artis partem, juris publici ſcientiam, conſulto præteriit homo Juriſconſultorum gloriæ ſubinvidens, & inique de hac ſcientia judicans. VINN. Immo *legulejus* non videtur, ſolius juris privati peritus, ſed qui legum tantum gnarus, earum & rationem ignorat & adplicationem; quemadmodum, qui de ſola adplicatione & praxi, quam vocant, ſollicitus, nullam accurationem juris notitiam præmittit, *rabula* vocari ſolet. Ita Cicero hæc vocabula accipit *lib. I. de Orat. cap. 46. & 55.* HEIN.

Tripertitum eſt) Diviſio e cauſis efficientibus, id eſt, auctoribus juris, natura, naturali ratione, & civitate; quamquam hic non tam dividitur jus civile, quam principia ejus & origo indicatur atque ſecernitur, ut verba, *collectum eſt*, oſtendunt, & notat D. Weſemb. Ceterum non eſt adeo abſurdum, ut multi exiſtimant, jus civile tanquam genus conſtituere, cujus ſpecies ſint, naturale, gentium, & civile in ſpecie: dummodo jus civile, quatenus in ea diſtributione, ut genus conſideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in univerſum utitur: civile autem in ſpecie, pro eo quod legiſlator a ſe conſtituit, & poſitivum paſſim appellatur. Eodem namque ſenſu Philo- 3
ſophus V. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν ἐν φυσικὸν καὶ νομικόν. Jus enim naturæ ſive gentium communis omnium populorum fons eſt, unde hauriunt ſinguli quod ad ſuæ civitatis mores accommodent: quamvis id non uno omnes modo faciant; atque huc pertinet quod Cajus ſcribit in *l. omnes populi. 9. hoc tit. Omnes populos partim communi omnium hominum jure uti, partim proprio:* quod Ariſt. *d. loc.* appellat νομικόν, & ſpe-
ciem facit τοῦ πολιτικοῦ. Notat Juſtinianum Rod. Agri- 4
cola *lib. II. de invent. dial.* quod duntaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quaſi hoc ipſo negaret, jus publicum ex iiſdem præceptis collectum eſſe. Sed hoc minime ſequitur. Nam ſatis Juſtiniano viſum eſt cauſam & originem indicare ejus juris, de quo dicturus erat, nimirum privati; inſuper habito, an ex iiſdem præceptis etiam originem traheret jus publicum. Sed nec recte dixeris naturam, ſive jus naturale, ut id in ſpecie accipiunt Juſtinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, cauſſam eſſe juris publici; quod & Baro recte obſervavit. Nec tamen aſſentiendum Mynſingero, qui cum Alciato I. *parerg.* 31. contendit jus publicum tantum eſſe ex præceptis civilibus. Nam præterquam quod manifeſtum eſt, religionem erga Deum, *l. 2. hoc tit.* & imperia magiſtratuum, per ea, quæ Ariſtot. I. *polit.* 2. eſſe ex jure gentium, conſtat ipſos Romanos ſacra, ce-

cæremoniaſque ſuas, atque omnia fere, quæ ad magiſtratus, aliaque jura publica pertinent, a pleriſque Italiæ populis ac præſertim Hetruriæ accepiſſe. De communi notitia de Deo locus eſt omni exceptione major apud Paulum ad *Rom. c.* 1. ſunt & apud Cic. 1. *Tuſc. cap.* 16. & 11. *de nat. Deor. cap.* 2. & 15.

5 *Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus*] De numero generum juris diſſenſiſſe veteres videri poſſunt: nam Ulpianus in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* quem hic ſequitur Juſtinianus, tria genera ponit, naturale, gentium & civile. Cajus in *l. omnes populi* 9. *eod.* duo tantum, commune & proprium; neque Philoſophi plura genera agnoſcunt, quam naturale & poſitivum. Sed tantum in tractandi modo, non in re diſſenſio eſt: re era enim duo tantum ſunt ſumma juris genera, naturale & civile ſeu poſitivum: ſed in hac bimembri diviſione primum genus duas priores ſpecies tripertitæ illius complectitur, in quas etiam deinde ſubdividi poteſt. Ulpianus enim brevitatis cauſa ſpecies unius generis cum altero genere unica diviſione complexus eſt; quod ei familiare eſſe apparet ex *l.* 4. *hoc tit. l.* 5. *de pact.* Nomina quoque generis decendi cauſa, cum propria deficerent, ſpeciebus indidit, jus naturale vocans, quod ſimilitudine quadam homini cum ceteris animantibus commune eſt; gentium,
6 quod humani generis proprium. Obſervandum autem eſt, non omnes, qui jus dividunt in naturale & poſitivum, haſce ſpecies eodem ſenſu opponere. Nam ſunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune eſt, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgo appellant; ſed jus gentium ſecundarium ſpeciem faciunt juris poſitivi, ſicut & civilis; idque rationi magis conſentaneum putant Weſemb. *par. hoc tit. num.* 15. Greg. Lopez. *animad. c.*3. D. Grot. 1. *manuduct. ad juriſpr. Bat. c.*2. item *lib.* 1. *de jur. bell. & pac. cap.* 1. *n.* 9. *& ſeq.* Alii vero appellatione juris naturalis poſitivo oppoſiti complectuntur jus omne, quod non eſt a poteſtate civili, nec tantum jus gentium primævum, ſed etiam ſecundarium; quod & veteres interdum faciunt, ut videre eſt in *l.* 1. *de acq. rer. dom.* §. *ſingulorum.* 11. *infra de rer. div.* ſed ſæpius tamen & hi jus naturale ex adverſo juri gentium ſecundario opponunt, ut in §. 2. *tit. proxime ſequentis inf. de libertin. in pr. l.* 4. *hoc tit.* In diviſione propoſita etiam primario opponitur: quæ tamen oppoſitio vix ullum uſum habet, ut demonſtrabitur *tit.* 7
ſeq. Optima diviſio erit, ſi dicamus jus quoddam eſſe commune omnium gentium; aliud eſſe proprium cujuſque civitatis. Quod commune eſt omnium gentium, partim nobis commune eſſe cum beſtiis, partim proprium generis humani. Proprium generis humani partim homini innatum, partim communi hominum conſenſu introductum.

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

HOc titulo ſpecies juris privati, in quas ſupra §. *ult. præc. tit.* diviſum eſt, Imperator ſingulatim perſequitur & explicat. Quo peracto juris civilis Romanorum, quod ſolum ſuſcepit, tractationem aggreditur: ac primum illud dividit ex adjuncto in ſcriptum & non ſcriptum: ſcriptum deinde ſubdividit in ſuas ſpecies, quas ordine item explicat. Poſtea jus civile a naturali diſtinguit ratione diverſi effectus, Ad extremum viam ſternit ad rectam perceptionem juris conſtituti, propoſita diſcretione materiæ, circa quam jus omne, quo utimur, verſatur.

TEXTUS.

De Jure naturali.

Jus naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus iſtud non humani generis proprium eſt; ſed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari naſcuntur. Hinc deſcendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim, cetera quoque animalia iſtius juris peritia cenſeri.

NOTÆ.

OMnia animalia docuit) *l.* 1 §. 3 *D. de juſt. & jur.* Dicuntur vero hæc καταχρηστικως, eo quod quæ hujus juris ſunt, etiam bruta faciant, ſolo quidem impetu naturæ, ceterum cum ſimilitudine ſenſus ac deſiderii humani. Cic. *in Læl. cap.* 8 unde tales brutorum actus Ariſtot. IX. *de hiſt. anim. c.* 7. appellat μιμηματα της ανθρωπινης ζωης. Proprie autem juris capax non eſt, niſi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1 *de jur. bell.* 1. Νομῳ και δικαιῳ προς ανθρωπους μονον χρησθαι πεφυκαμεν. Plutarch. *Cat. maj.* In beſtiis tantum apparet juris aliqua imago. Salmaſ. *de uſur. c.* 9.

Maris atque fœminæ conjunctio) Lactant. *lib.* VI *c.* 23. *Cum excogitaſſet Deus duorum ſexuum rationem, attribuit ipſis, ut ſe invicem appeterent, & conjunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera poſſent.*

Educatio) Cic. 1 *de off. cap.* 4. *Quemadmodum communis eſt animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata ſunt.* Nam ut idem *lib.* III *de fin. cap.* 19 *hac inter ſe congruere non poſſent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* Huc vel maxime pertinet ſtudium tuendi ſui adverſus vim illatam. Cic. 1 *de off. cap.* 7.

Peritia cenſeri) Id eſt, haberi pro peritis hujus juris, eorum numero adſcribi. Theoph. εν τοις τιμωσι τουτον τον νομον αναγεγραμμενα, id eſt, *his, qui hanc le-*

 gem

gens obſervant, adſcripta; quidam malunt, *perita*.

COMMENTARIUS.

1. *Animantia bruta proprie juris capacia non eſſe, & n. 4.*
2. *Parentes alere quo jure liberi teneantur.*
3. *Defenſionem adverſus vim illatam eſſe juris naturæ, & quatenus ea permiſſa remiſſive.*

1 ANimalia bruta tam certum eſt eſſe juris expertia,
quam certum eſt eſſe αλογα, ſive expertia ratio-
nis. Nam inter quos jus eſt, inter eos & ratio,
& æquum & bonum, & juſtitia, & lex, & ſocietas ſit
neceſſe eſt. Ariſt. v. *Eth.* 10. *In equis, in leonibus ju-
ſtitiam non dicimus*, inquit Cicero *lib.*1. *de offic.* Plu-
tarchus *in Catone Majore* ait, νομῳ, και δικαιῳ προς
ανθρωπους μονον χρησθαι πεφυκαμεν, & alias etiam bea-
titudo caderet in bruta. Bene igitur D. Grot. 1. *de
jure bell. & pac. c.*1. *num.*11. *Proprie juris capax non
eſt niſi natura præceptis utens generalibus*. Neque quiſ-
quam philoſophorum, quod ſciam, aut juriſconſulto-
rum jus aliquod in bruta cadere tradidit, præter unum
Ulpianum, ex cujus Inſtitutionibus hæc deſcripſit
Tribonianus, ut apparet ex *l.*1. §. 3. *de juſt. & jur.*
Quomodo ergo Ulpianum cum ceteris conciliamus?
Simpliciſſima eorum ſententia eſt, qui per quandam
auxeſin & figurate hæc a Juriſconſulto dici ſcribunt,
propterea quod quæ hujus juris eſſe dicuntur, ea etiam
bruta faciant, idque cum ſimilitudine quadam ſenſus
ac deſiderii humani. Unde Ariſtoteles. *lib.*IX. *de hiſt.
animal. c.* 7. tales brutorum actus appellat μιμηματα
της ανθρωπινης ζωης, *vitæ humanæ imitamenta*. Cice-
ro II *de finib. virtutum ſimulacra*. Nam ut in brutis
apparent ſimulacra quædam rationis, ita etiam juris;
ut idem Cicero teſtatur, & pluribus oſtendit Plutar-
chus in libello, ποτερα των ζωων φρονιμοτερα. Plato-
nis quoque doctrina eſt, naturam rem unamquamque
perfectiſſimam facere voluiſſe; ac proinde in plantis
ſenſus, in brutis rationis, in hominibus divinæ men-
tis veſtigia expreſſiſſe. Neque aliud ſenſiſſe videri de-
bet Plutarchus in libello, cui titulus eſt, τα αλογα λο-
γῳ χρησθαι, quod alioqui non careret contradictio-
ne. Eadem effectu eſt aliorum reſponſio, qui ajunt
jus naturale formaliter, id eſt, quoad rationem, non
niſi in hominem cadere: materialiter autem, hoc eſt,
quoad appetitum & inſtinctum naturæ, etiam in bru-
ta: nempe ut hoc explicant Covarr. *in c. peccatum, de
reg. jur. in 6. part. 2. rel.* §.1. *n.* 4. & Ant. Fab. *ju-
riſpr. Papin. tit.*11. *p.*1. jus naturale dici, quod circa
ea verſatur, quæ bruta ſolo inſtinctu & impetu natu-
ræ faciunt; homines vero etiam cum ratione. Nam
cum homo hæc facit, rationem in conſilium adhi-
bet, quam veluti ducem lucemque ſequitur; cum
beſtiæ in iiſdem agendis ſola vi naturæ, & cæco im-
petu, ſine judicio ac ratione ducantur: ad quem
etiam modum diſputat doctiſſimus Salmaſ. *lib. de uſur.
c.*9. eoque pertinet, quod ſcribit Seneca *lib.*II. *de Ira*,
cap. 16. animalibus pro ratione impetum, hominibus
pro impetu rationem eſſe. VINN. Solum Ulpianum
jus naturæ homini cum reliquis animalibus commune
fingere putat Vinnius. Sed perperam. Fuit ea com-
munis fere veterum Philoſophorum doctrina. Jus na-
turæ exigere dicebant, ut ſecundum naturam viva-
mus. Natura eſt vel communis, vel homini pro-
pria. Ex illa jus naturale, ex hac jus gentium deri-
vabant. Præclare eam in rem ex mente Stoicorum
diſſerit Cicero *de fin. lib.* v. *cap.* 9 Eleganter quoque
Euripides: *Communis hæc lex ſtirpis eſt mortalium, tra-
hens & ipſos in ſui aſſenſum Deos, feraſque amare, quid-
quid eſt ex ſe ſatum.* τα δε αλλα χωρις, χρωμεθ' αλ-
ληλων νομοις. *In rebus aliis jure non uno utimur.* HEIN.

Maris & fœminæ conjunctio] Huc pertinet, quod in
Lælio ſcribit Tullius, *cap.* 21. *Hoc apparet*, inquit, *in
beſtiis, volucribus, agreſtibus, natantibus, cicuribus,
feris, primum ut ſe ipſa diligant, (id enim pariter cum
omni animante naſcitur,) deinde ut requirant atque
appetant, ad quas ſe applicent, ejuſdem generis ani-
mantes: idque faciant cum deſiderio & cum quadam
ſimilitudine amoris humani.*

Procreatio, educatio] *Quemadmodum communis eſt ani-
mantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum,
quæ procreata ſunt*, ait idem Tullius I *de offic. cap.* 4
Juſtinianus in *l. un. §. taceat*, 5. *C. de rei ux. act. Ipſe*, in-
quit, *naturalis ſtimulus*, id eſt ϛοργη, *parentes ad li-
berorum ſuorum educationem hortatur*. Et alibi; *filium
vel filiam alere patri neceſſe eſt propter ipſam naturam l.
ult. §. ipſum* 5. *C. de bon. quæ lib.* Et vero *hæc inter ſe con-
gruere non poſſent, ut procreari quidem natura vellet, di-
ligi autem procreata non curaret*, ut ſcribit Cic. III. *de fi-* 2
nib. cap. 19. Referunt huc quidam & alituram paren-
tum: ſed male. Debentur quidem & parentibus ali-
menta, quod etiam proditum eſt vulgari proverbio
αντιπελαργειν; ſed parentum alimonia non ex eo jure
eſt, de quo hic agitur, quod natura cetera quoque
animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimen-
ta non præbet: verum ex alia naturæ lege, quæ hu-
mani generis propria eſt, & in propoſita partitione
jus gentium dicitur; nimirum ut cauſa gignens erga
genitum afficiatur, ex communi naturæ inſtinctu eſt:
ut genitum erga gignentem, a naturali ratione, quæ
pietatem & gratitudinem commendat. *fac. l.*2. *de juſt.
& jur. l. nam &* 15. *de inoff. teſt. l.* 7. §. 1. *unde liberi.*
Ita cape locum Ciceronis in *orat. de reſp. aruſp. cap* 27,
ubi ait, parentibus nos primum naturam conciliare,
quos non alere nefarium ſit. Et Valerii, qui *lib.* v.
c. 4. ſcribit, primam naturæ legem eſſe, diligere pa-
rentes. Quod autem de ciconia narratur, id, ut ſin-
gulare, negligendum eſt. De quæſtione quatenus
parentes liberos, aut hi viciſſim illos alere teneantur;
Et porro an frater fratrem, quæ hinc aliena, conſu-
lantur Schneid. *hic n.*10. *& ſeqq.* D. Tulden. & Perez.
ad tit. C. de alend. liber. Chriſtin. *vol.*III. *deciſ.* 143. add.
D. Grot. II *de jur. Bell. & Pac. c.*7. *n.*4. *& ſeqq.* Pet.
Fab. II. *Sem.* I. Nullius autem rei ſtudium altius inſi- 3
tum eſt a natura omnibus animalibus, quam ſtudium
tuendi ſui adverſus vim illatam. *Hoc enim omni generi
animantium a natura ante omnia tributum eſſe* ſcribit
M. Tullius I. *de Offic. cap.* 4. *ut ſe, vitam, corpuſque tuea-
tur, declinetque ea, quæ nocitura eſſe videantur.* Unde li-
quet fragmentum auctoris *l.*3. *de juſt. & jur.* temere a
Triboniano ſubjectum eſſe *l.*2. *eod.* confuſaque exem-
pla juris naturalis & gentium, contra quam propoſitum
erat: quanquam quidam in defenſione duo extrema
ſpectanda ajunt, tuitionem & propulſationem inju-
riæ, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gen-
tium

tium referunt. Credo ego Florentinum jus omne finibus humani generis circumſcripſiſſe. Quatenus & quibus conditionibus vim perſonis vel rebus noſtris illatam propulſare permiſſum ſit, ex recepta DD. ſententia tradit Schneid. *hic n.* 12. *& ſeq.* Gail. 11. *obſ.* 110. *num.* 13. *& ſeqq.* D. Tulden. *ad tit, C. ad leg. Corn. de ſicar. num.* 5. Summa huc redit, ut ne vim propulſando ulciſci magis, quam tueri nos ſtudeamus: deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non exceſſiſſe intelligimur, cum aliter periculum evitare non potuimus, *l. ſcientiam.* 45. §. *pen. ad leg. Aquil. l.* 1. *C. unde vi. & ibi* Don. Add. D. Grot. *lib.* 11 *de jur. bell. cap.* 1. ubi *n.* 3. recte docet jus defenſionis per ſe ac primario naſci ex eo, quod natura quemque ſibi commendat, non ex injuſtitia aut peccato alterius, unde periculum eſt; & ideo, ſi corpus vi impetatur cum præſente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum eſſe inferentem periculum interficere, etiamſi ille peccato careat, puta inſania aut inſomniis agitetur, ut eveniſſe quibuſdam legimus: neque enim eo tolli jus ſe tuendi, cum ſufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non magis quam
4 ſi beſtia aliena periculum intentaret. Sed hæc & ſimilia fortaſſis alibi latius. Illud repeto, quod ſuperius dixi, ſi quando brutis animantibus juſtitia tribuitur, id fieri improprie ex quadam in ipſis umbra rationis atque veſtigio; ac propterea plerosque diſputationem juris naturalis finibus humani generis circumſcribere. Vid. Pet. Fab. 11. *Sem.* 1. Salmaſ. *de uſur. cap.* 1. Joan. Selden. *lib.* 1. *de jur. nat. & gent. juxt. diſcipl. Hebræor. cap.* 4. *&* 5. ubi etiam Hebræos laudat, qui & ipſi non ex jure aliquo, (quod totum verſari volunt circa licitum atque illicitum,) ſed ex propenſione atque inclinatione tantum ajunt animantium ceterorum actus evenire. Sane diſcrimen, quod Ulpianus facit inter jus, quod animantibus ceteris cum homine commune eſt, quod arctiori ſignificatu appellat naturale, & illud, quod hominum proprium eſt, quod ſæpe jus gentium nuncupatur, vix ullum uſum habet: quoniam utrum actus ipſe, de quo jus naturæ conſtituit, ſit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio, an nobis proprius, ut cultus Dei, ad juris ipſam naturam nihil refert. §. *pen. inſ. eod.*

Textus.

Diſtinctio juris gentium, & civilis, a definitione & etymologia.

1. *Jus autem civile a jure gentium diſtinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quiſque populus ſibi jus conſtituit, id ipſius proprium civitatis eſt; vocaturque jus civile, quaſi jus proprium ipſius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, id apud omnes gentes peraque cuſtoditur; vocaturque jus gentium, quaſi quo jure omnes gentes utuntur. Et populus itaque Romanus partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ ſingula qualia ſint; ſuis locis proponemus.*

Notæ.

1. *Quiſque populus*) Ex *l.* 9. *de juſt. & jur.* populus ſcil. alieno imperio non ſubjectus, alias juris condendi poteſtatem non habet, niſi quatenus ille, cui paret, conceſſit, *l.* ἀξίωσις. 9. *D. de leg. Rhod.*

Vocaturque jus civile) Nempe in ſpecie, quod a ſe civitas conſtituit: qualia multa in duodecim tabulis. Nam jus civile ſumptum pro univerſo jure civitatis etiam jus naturale & gentium complectitur, quo ſenſu Ariſt. v. *Ethic.* 7. dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν & νομικὸν.

Naturalis ratio) Jus gentium non ex inſtitutis populorum æſtimandum eſt, ſed ex eo, quod juſtum eſſe ipſa naturalis dictat ratio, id eſt, inſita animis hominum notitia honeſti & turpis, juſti & injuſti. V.G. Inceſta, adulteria, furta natura turpia & illicita ſunt; etiamſi gentes repertæ, in quibus hæc permiſſa aut non punita, Gell. 11. *noct. Attic.* 18. Alex. ab Alex. 1. *Gen. dier.* 24. Plato 1. *de legib.* Cic. 1. *de legib. cap.* 16.

Apud omnes populos) Aut certe moratiores: nam quid naturale ſit, ſpectandum in his, qui bene ſecundum naturam ſe habent, non in depravatis, teſte Ariſt. 1 *Polit.* 5. Videtur autem hic tantum definiri ſpecies juris gentium excellentior, quæ vulgo jus gentium primævum.

Commentarius.

1. *Populum alterius imperio ſubjectum leges condere non poſſe: & quatenus ſtatuta.*
2. *Diviſio juris civilis in merum & mixtum explicata & illuſtrata exemplis.*
3. *Jus gentium quod hic definitur, & ipſum revera naturale eſſe.*
4. *Vulgaris diſtinctio juris gentium in primævum & ſecundarium [illegible]ſa & explicata.*

Quod quiſque populus) Suis ſcilicet legibus & moribus vivens: nam ſi quæ civitas alterius imperio ſubjecta eſt, ea non plus juris habet in jure conſtituendo, quam ille, cujus imperio ſubjecta eſt, conceſſit, *l.* ἀξίωσις. 9 *de leg. Rhod.* Hinc eſt, quod municipia meliore hac in re conditione erant, quam coloniæ: quia municipiis conceſſum erat, ut ſuis legibus & moribus uti poſſent. Coloniæ autem jura inſtitutaque omnia populi Rom. non ſui arbitrii habebant. Gell. lib. XVI c. 13. Ceterum ſtatutorum condendorum quemlibet magiſtratum in ſuo territorio jus habere tradunt DD. *in l. omnes populi.* 9. *hoc tit.* unde hic locus deſcriptus eſt; quæ tamen ſtatuta non aliter valent, quam ſi non derogent juri communi: & ut valeant, ſciendum tamen eſt, non valere jure legis; ſed ſalvum ſemper manere jus ſuperioris, ut pro auctoritate ſua ea abrogare poſſit, *l.* 3. §. *Divus.* ſ. *de ſepulc. viol.* Uſu quoque ſervari tradit Schneid. *in* §. *conſtat.* 3. *inſ. eod.* ut ſtatutorum confirmatio a ſuperiore petatur;

tur: quod & juri conſentaneum cum Hieronym. de Cævallos cenſet D. Chriſtin. *volum.* 11. *deciſ.* 55. *num.* 5. quamvis id neceſſarium non eſſe plerique tradiderunt. Apud nos ſane magiſtratus inferiores jus ſtatuta condendi non habent, niſi quatenus id a Principe, aut qui vicem ejus gerit, impetrarunt: alioqui neceſſaria eſt ſuperioris approbatio. D. Merul. *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 5. D. Grot. 1. *manud. cap.* 2. De ſtatutis, præter alios, videri poſſunt D. Nic. Burgund. *ad conſuet. Fland. tractat.* 1. Chriſtin. *vol.* 11 *dec.* 2, 3, 4, 5, 54, 56, 57, & 59.

Vocaturque jus civile) In ſpecie nimirum: nam jus civile ſumptum pro eo jure, quo in univerſum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum eſt, comprehendit: eoque ſenſu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium deſcendunt, dicuntur civiles; licet a legiſlatore civili nihil habeant, præter approbationem, § 1. *inſ. de oblig.* Hoc igitur jus dicitur civile a cauſa efficiente, quæ eſt voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Ariſtotele legitimum dicitur: vulgo poſitivum.

2 Poteſt vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia ſic diſtingui, ut aliud dicatur merum & ſimpliciter civile, quo pertinent leges omnes, quæ ideo tantum juſtæ ſunt & obligant, quia a civili poteſtate ſancitæ; cujuſmodi ſunt jura adoptionum, uſucapionum, donationum inter conjuges, ſenatuſconſulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum, leges Ælia Sentia, Junia Norbana, Fuſia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum: aliud κατα τι, quod mixtum recte dixeris, cum ſcilicet juri communi lex civilis aliquid addit, aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum eſt, determinat: quo ſenſu matrimonia, patria poteſtas, tutelæ, teſtamenta, ſucceſſiones, actiones, & id genus alia juris civilis eſſe dicuntur: nempe quia certa & propria quadam forma a jure civili donata ſunt, atque ita determinata, ut certus eorum uſus ſit, atque inter cives tantum, excluſis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum eſt, quod ſcribit Ulpian. *l.* 6. *de juſt. & jur. cum additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile effici:* alioqui omnia fere, quæ conſtituta ſunt, juris mere civilis & poſitivi dicenda forent. Illud in univerſum verum eſt, juris civilis nomen non mereri, quod directo pugnat cum ratione juris naturæ, *d. l.* 6. *in pr.*

Naturalis ratio Ait Imperator jus gentium eſſe, *quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit.* Unde ſequitur, jus hoc non ex legibus aut inſtitutis populorum æſtimandum eſſe; ſed ex eo, quod juſtum eſſe dictat ipſa ratio naturalis, id eſt, inſita animis hominum notitia de honeſto & turpi, juſto & injuſto.

3 Quam ob cauſam & ipſum quoque jus naturæ paſſim appellatur, & æquum & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum eſt adverſus eos, qui negant quicquam natura juſtum eſſe, ſed tantum lege & conſuetudine: contra quos diſputat Cic. 1. *de legib. cap.* 18. & Ariſtot. v. *Eth.* 7. add. Platon. 1. *de legib.* Laert. *in Pyrrh. & Ariſtip.* Exempli gratia, dictat naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, natura turpia eſſe & punienda, *l. probrum.* 42. *de verb. ſign. l.* 1. §. 3. *de furt.* Reperti tamen ſunt, apud quos hæc flagitia permiſſa atque impunita fuerunt, vid. Gell. *lib.* 11. *c.* 18. Arnob. *adv. gent. lib.* VIII. Alex. ab Alex. *lib.* 1. *c.* 24. Alber. Gentil. v. *de nupt. c.* 7. Jure gentium inceſtum committit, teſte Paulo in *l. ult. de rit. nupt.* qui ex gradu aſcendentium aut deſcendentium uxorem ducit: quod etiam ſaniores omnes philoſophi agnoſcunt: nihilominus, ut Ovidius *lib.* x. *Metam. v.* 332.

Gentes tamen eſſe feruntur,
In quibus & nato genitrix & nata parenti
Jungitur.

Harum inquam, gentium barbari mores & pravum judicium efficere non poſſunt, ut id quod natura juſtum aut injuſtum, turpe aut honeſtum eſt, tale eſſe deſinat, quomodo & Socrates diſputat apud Xenoph. *lib.* IV. *memorab.*

Omnes gentes) Aut certe moratiores, nam naturale recte dicitur, interprete Michaele Epheſio ad Nicomachia, *quod apud pleroſque non corruptos aut pravos, ſed natura convenienter ſe habentes, obtinet.* Et Ariſtot. 1. *polit.* 5. quid naturale ſit, ſpectandum ait in his, *quæ bene ſecundum naturam ſe habent, non in depravatis.* Belle Salmaſ. *de uſur. pag.* 243. & *ſeq.* Videtur autem Imperator hic tantum definire voluiſſe ſpeciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium primævum, ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æque accommodari poteſt Juri gentium ſecundario, quod in §. *ſeq. verſ. nam uſu.* ita deſcribitur, ut reſpectu juris primævi quodammodo poſitivum dici poſſit; quanquam cum etiam ſecundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neque id aperte conſtitutum, aut ſanctione aliqua introductum ſit, ſed tacita tantum, communi tamen conſenſione gentium receptum, naturale quodammodo eſt & a poſitivo ſecerni poteſt. Atque hoc etiam puto ſentire Ariſtotelem *d. lib.* 1. *c.* 4. ubi ait eſſe quoddam jus gentium καθ' ὁμολογίαν. Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa juris gentium diſtinctio, in primævum & ſecundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat: nata eſt ea diſtinctio ex duplici conſideratione rationis, ſeu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, ſicut phyſici docent, vel ſimplex eſt & pura, quæ ſine diſcurſu judicat, & Græcis νοῦς ſive νόησις dicitur: vel compoſita & comparata, quæ per diſcurſum munus ſuum exequitur, ex collatione diverſarum rerum aliquid colligens, Græcis διάνοια & λογισμός: ita & duplex eſt jus Gentium; unum quod a ſimplici illa ratione fluit, ſeu intellectu νοητικῷ, cujus juris ſunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, ſuum cuique tribuere, ab alieno manus abſtinere, aliaque ejuſcemodi principia practica, quibus ultro ſine argumentatione aut demonſtratione aſſentimur, & juſta eſſe ſine agitatione mentis intelligimus: alterum quod a compoſita ſeu intellectu διανοητικῷ; quod diſcurſum & ratiocinationem habet, atque ex cauſa demum aliqua aut hypotheſi & comparatione alterius rei juſtum eſſe intelligitur: cujus generis ſunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendaſque inter ſe reſpublicas & gen-

gentes a viris ſapientibus excogitata in uſum omnium gentium aut pleraſumque pervenerunt. Exempla habemus in §. *ſeq. verſ. nam uſu.* & elegans in *l.* 1. *ff. de contr empt.* Quod jus a ſimplici illo intellectu eſt, primævum DD. appellarunt: quod a compoſito, ſecundarium; primum immutabile, ſecundum mutabile.

Textus.

Ab appellatione & effectibus.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Athenienſium. Nam ſi quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Athenienſium, non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim a Romulo; Quirites a Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus ſit civitatis, noſtrum jus ſignificamus: ſicuti quum poetam dicimus, nec addimus nomen, ſubauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune eſt. Nam uſu exigente, & humanis neceſſitatibus, gentes humana jura quædam ſibi conſtituerunt. Bella etenim orta ſunt, & captivitates ſecutæ, & ſervitutes, quæ ſunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi naſcebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti ſunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, ſocietas, depoſitum, mutuum, & alii innumerabiles.*

Notæ.

Uſu exigente) Hujus igitur ex parte cauſa eſt uſus & indigentia. Ariſtot. 1 *polit.* Unde Div. Chryſoſt. *orat.* 76. hoc jus appellat *ευρημα βιου και χρονυ*, *inventum uſus & temporis*. Exemplo poteſt eſſe inventio nummi, cui cauſam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1 *D. de cont. empt.*

Neceſſitatibus humanis) Hic locus confirmat receptam juris gentium diſtinctionem in primævum & ſecundarium. Illud enim, de quo §. 1. non eſt excogitatum aut inventum uſu exigente, ſed nobiſcum natum: qualia ſunt, Deum colere, parentes revereri, neminem lædere, &c.

Naturali Juri contrariæ) Ex hypotheſi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta ſi vim nobis illatam armis repellamus.

Omnes pene contractus §. *To pene* additum eſt δι' ευλαβειαν φιλοσοφων. Sunt enim quidam jure civili introducti. *l.* 5. *D. de juſt. & jur.* veluti ſtipulatio, obligatio litterarum, donatio propter nuptias.

Commentarius.

1. *Jus Romanum quaſi gentium quoddam jus apud omnes coli.*
2. *Confirmatio diſtinctionis juris gentium in primævum & ſecundarium.*
3. *Etiam inter ea, quæ juris ſecundarii, diſtinctione opus videri.*
4. *Bella & Belli effecta quo adſpectu juri naturali contraria.*

Ex *unaquaque civitate)* Jus civile non retinet unum idemque nomen; ſed a nomine ejus civitatis appellatur, quæ id conſtituit, ut in hoc quoque diſcrepet a jure gentium.

Solonis vel Draconis) Prior Draco leges Athenienſibus dedit, in quibus Ariſtot. 11. *Pol.* 10. ſcribit, nihil memorabile, præter pœnarum acerbitatem, fuiſſe. Pœna namque capitis fraudes prope omnes multabat. Unde Demadis illud laudatur; ὅτι δι' αἵματος, ου δια μελανος τους νομους ὁ Δρακων εγραψε. *Draconis leges non atramento, ſed ſanguine ſcriptas fuiſſe.* Plutarch. *in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias deſcripſit, quibus Athenienſes feliciſſime ſunt uſi. vid. Aul. Gell. *lib.* 11 *c.* 18. Vinn. Ante Draconem Athenienſibus leges ſcripſit Triptolemus, de quibus Porphyr. IV. *de abſtin. ab animal. p.* 431. Poſtea circa Olympiad. 39. Draco & Olymp. 46 anno 3. Solon leges tulerunt, de quibus Pandulph. Pratejus, Jo. Meurſius, Deſ. Heraldus. Hein.

A Quirino Quirites) Plerique tradunt pace facta inter Sabinos & Romanos placuiſſe, ut Romani etiam Quirites a Curibus, Tatii Sabinorum Regis patria vocarentur. Varr. IV. *de ling.* Dionyſ. Halicarn. *lib.* II. Plutarch. *in Romul.* In aliis eſt; Romani enim a Quirino Quirites appellantur, Hotom. Cujac. Weſemb. Cur Romulus dictus ſit Quirinus, triplicem cauſam affert Ovid. II. *Faſtor.*

Noſtrum jus) Κατ' ἐξοχὴν. De Romani juris ex- 1
cellentia diſſerit M. Tullius in perſona Craſſi *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. *ſeq.* Hodie jus civile Romanorum quaſi gentium quoddam jus commune apud totam fere Europam obſervatur, utique in quibus cauſis propriæ leges aut conſuetudines deficiunt.

Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcunque conſtitutionum ac conſuetudinum, quæ illi manifeſte non repugnant; at tametſi repugnent, tamen in ambigua facti ſpecie ejuſdem æquitatis mitigantur, & ita coercentur, ut commune hoc jus quam minimum lædant, de quo docte & acute D. Diod. Tulden. *in comm. hic cap.* 3. plene D. And. Gail. II. *obſerv.* 33.

Uſu exigente) Hic locus confirmat receptam juris gen- 2
tium diſtinctionem in primarium & ſecundarium: quanquam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius diſtinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum eſt; ſed nobis ingenitum; quemadmodum & notitiæ illæ ſimplices, unde illud promanat, mentibus noſtris divinitus inſitæ & in cordibus noſtris inſculptæ ſunt, etiam Apoſtolo teſte *cap.* 2. *ad Roman.* Secundarium autem §. quod Grotio 1. *de jur. Bell. cap.* 1. *num.* 4. eſt volun-

luntarium) ab hominibus inventum eſt & mentis quadam agitatione, comparatis inter ſe aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ uſum, retinendamque gentium inter ſe ſocietatem: ut hujus juris ex parte cauſa ſit uſus & indigentia, teſte Ariſtot. 1. *polit.* Quamobrem recte Dio Chryſoſtomus *orat.* 76. hoc jus ait eſſe ευρημα βιυ και χρονυ, *inventum temporis & uſus*: & hinc Dioni Pruſæenſi αναγκαια νομιμα appellatur, multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illuſtrium Hiſtoricorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quam ratiocinationis ductu collectum eſt, & uſu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ neceſſitatibus: conjungitque reſpub. & gentes inter ſe, quarum tacito quaſi fœdere & conſpiratione cenſetur. VINN. Rectius omnia cohærent, ſi dicas, jus naturæ *eſſe jus divinum, per rectam rationem promulgatum*. Ab eo tunc non differt *jus gentium*, niſi adplicatione. Eadem enim rectæ rationis dictamina, prout vel negotiis hominum, vel integrarum gentium adplicantur, modo *jus naturæ*, modo *jus gentium* adpellantur. Quemadmodum vero jus naturæ vel *abſolutum* eſt, vel *hypotheticum*; ita & gentium negotiis adplicatum abſolutum a Doctoribus *primarium*, hypotheticum *ſecundarium* dicitur. HEIN.

Gentes humanæ) Non quod legis ſanciendæ cauſa gentes omnes in unum convenerint: ſed quia illud jus propter communem utilitatem tacito conſenſu gentium approbatum & ab omnibus receptum eſt.

3 *Bella orta ſunt*) Etiam inter ea, quæ ſunt juris gentium ſecundarii, aliqua diſtinctio facienda videtur. Nam initio ſimul atque ſocietates humanæ conſtitutæ ſunt, ſimul neceſſe fuit dominia diſtinguere, jura commerciorum introducere: Bella autem poſtea orta ſunt, utpote quæ malitia hominum & habendi libido introduxit, & conſequenter etiam bellorum jura. Scite Portius §. *præc. n.* 3. *bella*, inquit, *ſunt ex jure gentium non diſpoſitive, ſed occaſionaliter, diſtinctis dominiis.*

Juri naturali contraria) bella, & hinc ſecutæ captivitates & ſervitutes, ſi per ſe ſpectentur, a ratione naturali prorſus aliena ſunt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, ſocietatem humanam bella tuentur, ſed oppugnant atque evertunt. Ex hypotheſi tamen & hæc rationem naturalem habent. Ete-
4 nim ſi vim & injuriam nobis aut ſociis noſtris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vindicemus, captos hoſtes etiam in ſervitutem noſtram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in poſterum abſtineant, nemo, opinor, eſt, qui negabit hoc ſumma cum ratione fieri; de quo iterum & latius *tit. ſeq.*

Omnes pene contractus) Το *pene* additum δι ευλαβειαν φιλοσοφον, & eſt temperamentum Juriſconſultis familiare, qui paſſim hujuſmodi particularum adjectione ſibi cavere ſolent, quando quid generaliter enuntiant aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculoſa eſt: *l. omnis definitio* 202. *de reg. jur.* quod & Juſtinianus hic facit, reſpiciens haud dubie ad *l.* 5. *de juſt. & jur.* ubi Hermogenianus ſcribit, quoſdam contractus a jure civili introductos eſſe; quinam autem iſti ſint, non definit. Vulgo quidem putant eſſe hos quatuor, ſtipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & ſponſalitiam largitatem: ſed quam recte, ſuis locis videbimus. Illud interim hic affirmare auſim, nullam obligationem dici poſſe ſimpliciter & abſolute eſſe juris civilis; ſed κατα τι duntaxat, quatenus nimirum non niſi ſub certo modo & forma ex conſenſu obligatio jure civili producitur.

Emptio & Venditio, &c.) Hæc certa auctoritate juris auctorum probantur: quamvis in quæſtionibus, ubi rei veritas exquiritur, (qualis hæc eſt, an aliquid ſit juris gentium nec ne) non tam auctores, quam rationum momenta in diſputando quærenda ſunt, ut ſcribit Cicero 1. *de natur. Deor. cap.* 5. & poſita hæc ſunt extra poteſtatem legiſlatoris.

TEXTUS.

Diviſio Juris in ſcriptum, & non ſcriptum; & ſubdiviſio Juris ſcripti.

3. *Conſtat autem jus noſtrum, quo utimur, aut ſcripto, aut ſine ſcripto: ut apud Græcos των νομων οι μεν εγγραφοι οι δε αγραφοι. Scriptum autem jus eſt, lex, plebiſcitum, ſenatusconſultum, principum placita, magiſtratuum edicta, reſponſa prudentum.*

NOTÆ.

3. *Quo utimur*) Abeſt a *l.* 6. §. 1. *D. de juſt. & jur.* unde hæc ſumpta, nec Cujac. Hotom. Weſemb. agnoſcunt.

Scripto aut ſine ſcripto] Diſtributio juris civilis a forma & modo conſtituendi ex *d. l.* 6. §. 1. alterum enim expreſſe ſancitur & ſcripto promulgatur, alterum tacito conſenſu utentium introducitur. *l.* 32. *pr. D. de legib.*

Apud Græcos) Plat. *lib.* VII. *de legib.* & apud Laert. Ariſtot. 1 *Rhetor.* qui & III. *Ethic.* meminit legum κατα τα γραμματα & κατα τα ηθη.

Scriptum) Subdiviſio juris in ſex ſpecies. Papinianus *l.* 7. *D. de juſt. & jur.* quinque tantum enumerat: ſed ille arctius jus civile accipit, eique prætorium, ut ſpeciem diverſam opponit. Mox tamen Marcianus jus honorarium vivam appellat vocem juris civilis, *l.* 8. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Scripturam non pertinere ad legis eſſentiam.*
2. *A quo tempore lex obligare incipit.*

JUs ſcriptum in diviſione propoſita non opponitur omni juri non ſcripto; nam & jus naturale ac gentium eſt αγραφον τι; ſed tantum ei juri, quod moribus & longa conſuetudine introductum eſt: eodem enim ſenſu jus dividitur in legem & conſuetudinem, legis voce latius accepta pro quavis parte juris ſcripti. Deſumptus hic locus eſt ex *l.* 6. §. 1. & *l. ſeq. de juſt. & jur.*

Scripto aut ſine ſcripto) Diſtributio juris civilis ex ac- 1
ci-

cidenti & cauſa inſtrumentali. Nam formalis differentia legis, ſive ejus juris, quod opponitur juri non ſcripto aut conſuetudini, non eſt ſcriptura; ſed expreſſa voluntas & ſanctio civilis poteſtatis: ſicut e contrario conſuetudo aut jus non ſcriptum formam & eſſentiam ſuam habet a tacita voluntate & conſenſu utentis populi, §. *ſine ſcripto 9. inf. eod. l. de quibus* 32. *de legib.* Hujus rei evidentiſſimum argumentum eſt, quod nec conſuetudo in ſcripturam redacta lex ſit, nec lex non ſcripta conſuetudo. Lacedæmonii ſcriptis legibus uſi non ſunt, legibus tamen uſi ſunt, atque una των καλυμενων ρητρων hæc erat, μη χρησθαι νομοις εγγραφοις *ſcriptis legibus non uti*. Plutarch. *in Lycurg. p.* 47. Atque ut e Romana republica exemplum petamus; nunquid lex erat, cum rogante Magiſtratu, *velitis, jubeatis Quirites, &c.* populus in tabellis reſpondiſſet, *uti rogas?* Quod autem rei jam in eſſe ſuo conſtitutæ ex accidenti ſupervenit, id de illius rei eſſentia non eſt. At enim, inquies, ſine quo lex non obligat, id utique eſt ei eſſentiale: ſine ſcriptura autem non obligat, cum ſine ea in notitiam populi pervenire non poſſit. *arg. l. leges ſacratiſſimæ. 9. C. de legib.* Ut de propoſitione nihil in præſentia dicam, falſam eſſe aſſumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque aſſumptionis falſa eſt. Quid enim? an non voce præconis quoque lex promulgari poteſt? & proinde, certum eſt in *l. humanum.* 8. *C. de legib.* faciliorem tantum promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus ſcriptum? Quia nimirum poſtquam lata eſſet, ſcribi ſolebat & ſcripto promulgari, aut in tabulis inciſa publice proponi, quo & cognoſceretur facilius & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id eſt, de ſua lege ad populum diceret, eamque ſcriptam publice propoſitam haberet, quo poteſtas fieret populo cognoſcendi otioſe, & ut inde liceret librariis deſcribere, ſi qui vellent legem apud ſe habere, ut liquet ex 2. Agraria. Plane ſi non alio modo promulgandi civitas utatur, quam per ſcripturam, poteſt dici ſcripturam ad vim legis neceſſariam eſſe: neque enim ante lex vi ſua conſtat, civeſque ad obſervationem vel pœnam obligat, quam populo innoteſcere potuerit, quod ſine promulgatione ſive publicatione aliqua fieri non poteſt, *l.* 7. *cum 2. ſeqq. C. de legib.* Perez. *ad*
a *Cod. de legib. n.* 18. An igitur lex ſtatim, ut publicata eſt, obligat? Maxime: eoque jure utimur, extra quam ſi certum tempus nominatim lege comprehenſum ſit, ex quo vim capiat, ut ſit interdum. *Nov.* 57. *in fin. Nov.* 116. *cap.* 1. Extat ſane conſtitutio quædam *εκ των νεαρων*, quæ indulget ſpatium duorum menſium a die publicationis, obſervandum in omnibus novis legibus, *Nov.* 66. *cap.* 1. Verum ea conſtitutio recte ſic a pleriſque accepta eſt, ut proſit hoc ſpatium ad allegationem ignorantiæ, atque hæc interim præſumatur, non quin lex promulgata citius obſtringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod ſi quis poſt lapſum iſtius temporis ignorantiam alleget, eſſe quidem adhuc audiendum, ſed hac conditione, ut cauſam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decret. ab ord. fac.* Gudelin. v. *de jur. nov.* *Vinnius in Inſtitut.* *c.* 2. add. Criſtin. *vol.* 11. *deciſ.* 52. *num.* 2. *& ſeqq.* Vinn. *Scriptum jus* revera idem eſt, ac promulgatum: *non ſcriptum* ac non promulgatum. Loquutio a Græcis deſumpta, quibus γραφειν νομους non eſt *leges ſcribere* ſed *publicare*. Hinc & Lycurgum γραψαι νομους ait Liban. *p.* 476. *Tom. I.* quum tamen Lycurgi leges ſcriptura vulgatas non eſſe, ſatis conſtet. Plut. *in Lycurg. p.* 47. Hinc & jus civile a prudentibus invectum ſine ſcripto venire & conſiſtere dicitur, *l.* 2. §. 5. *&* 12. *ff. de O. J.* non, quod litteris conſignatum non fuerit, ſed quod non ſolemniter publicatum. Eodem modo Plato, apud Laert. *lib.* 3. νομον dividit in γεγραμμενον και αγραφον, & hunc eſſe ait τον κατα εθη γινομενον, *qui in more vel conſuetudine poſitus* eſt. Hein.

Scriptum autem jus) Subdiviſio juris ſcripti, quæ quidem ad juris præſentis auctoritatem non multum pertinet; omnia enim, quæ in libris noſtris continentur, auctoritate Juſtiniani nituntur, *l.* 1. *&* 2. *C. de vet. jur. enucl.* Sed quoniam hæc confirmavit Juſtinianus, quia in veteri jure erant, ideo & hic & in ff. extare voluit teſtimonia ex jure priorum temporum, ut juris conſtituti hiſtoria intelligeretur.

Textus.

De lege & plebiſcito.

4. *Lex eſt, quod populus Romanus ſenatorio magiſtratu interrogante (veluti conſule) conſtituebat. Plebiſcitum eſt, quod plebs plebejo magiſtratu (veluti tribuno) conſtituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo ſpecies a genere; nam appellatione populi univerſi cives ſignificantur, connumeratis etiam patriciis & ſenatoribus. Plebis autem appellatione ſine patriciis & ſenatoribus ceteri cives ſignificantur. Sed & plebiſcita lege Hortenſia lata non minus valere, quam leges cœperunt.*

Notæ.

4 *Lex eſt*) Legis nomen hic ſtrictiſſime accipitur, alias jus omne ſcriptum ſignificat, opponiturque conſuetudini, ut paſſim in libris noſtris, & apud Cic. 1. *de legib. cap.* 6. ſæpe etiam non minus late extenditur, quam vocabulum juris, ut & νομος apud Græcos.

Interrogante) Mallem *rogante*, ut quidam. Rogabat Magiſtratus populum his verbis, *velitis, jubeatis Quirites*, &c. Populus reſpondebat in tabella vel A. id eſt, *Antiquo*, vel V. R. id eſt, *uti rogas*.

Veluti conſule) Item dictatore & prætore, non etiam cenſore. Addit Hotomannus & interregem; ſed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit, ut patet ex III. *in Rullum.* vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom.* 3.

Plebiſcitum) Απο του ſciſcere η ψηφιζεσθαι, quod eſt decernere & conſtituere, non απο του ſcire. Fabrot.

Veluti tribuno) Alium magiſtratum plebejum rogationem ad plebem tuliſſe, nemo prodidit.

Quo ſpecies a genere) Rectius dixiſſet, *quo pars a toto*. Populus enim eſt σύνολόν τι, quod ex partibus ſuis plebe & patriciis conſtat. Interdum tamen populum pro plebe dixerunt. Gloſſ. gr. lat. Δῆμος, populus, vulgus.

Lege Hortenſia) Primum lege Horatia ſeceſſione in Aventinum; deinde lege Hortenſia, ſeceſſione in Janiculum. Cujacius ex Liv. & Plin. add. Gell. xv. *cap.* 27. Vinn. Immo tres ordine leges eam in rem latæ ſunt. *Horatia* anno U. C. 306. Liv. iii. 55. *Publilia* anno U. C. 416. Liv. viii. 12. Et denique *Hortenſia* anno U. C. 466. Epit. Liv. *lib.* xi. Gell. xv. 27. Hein.

Commentarius.

1. *Legis variæ ſignificationes.*
2. *Non omnibus magiſtratibus ſenatoriis legibus ferendis comitia habendi jus fuiſſe.*
3. *Patricios genere ſemper, non ordine a plebejis diſtinctos.*

Sequitur ſingularum juris ſcripti partium explicatio; cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignoratio craſſos errores peperit.

1 *Lex eſt*) Legem a *legendo* dictam, ſcribit Cicero *lib.* 1. *de legib. cap.* 6. quoniam in lege ineſt vis delectus: jubet enim quæ honeſta ſunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minus late patet, quam juris: tam enim dicimus, lege naturæ quid conceſſum aut vetitum eſſe, quam jure, ut apud Ciceronem paſſim: frequentiſſime autem legem appellamus, quæ ſcripto ſancit, quod vult; eaque popularis eſt hujus vocis ſignificatio, teſte eodem Cicerone *d. lib.* 1. *de legib. cap.* 6. Neque tamen omnis ſcripta ſanctio arcto ſignificatu lex eſt, ſed ea tantum, qua univerſus populus obſtringitur: nec alia de cauſa plebiſcita initio leges dictæ non ſunt, quam quod partem tantum civium obligabant. At poſt legem Hortenſiam plebiſcita non minus proprie leges appellata, quam quæ populus centuriatim juſſiſſet.

2 *Senatorio Magiſtratu*) Lex ferebatur comitiis centuriatis a magiſtratibus, penes quos erant majora reipublicæ auſpicia, puta a conſule, dictatore, vel prætore, non autem ab omnibus magiſtratibus, ſenatoriis aut curulibus: non a cenſore, interrege, aut ædilibus curulibus. Interreges quidem magiſtratibus creandis centuriata comitia habere poterant: ſed legibus ferendis habere iis non licuit, ut apparet ex iii. *in Rullum* nimirum, quia in interregno nihil prius cum populo agi licebat, quam ſubrogati eſſent ordinarii magiſtratus. Sed neque cenſores, centuriatis comitiis legem tuliſſe uſquam legimus: cumque leges cenſorias apud auctores reperimus, pro cenſorum ſubſcriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus cenſoribus factis, ut vii. *in Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuiſſe ex iis, quæ de luſtri condendi ratione Livius commemorat, oſtendi poteſt. Poſtremo nec ædiles curules ulla comitia habuiſſe uſquam invenias, qui nec alias jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in mulctæ certatione; de quo vide Nic. Gruch. *lib.* ii. *de comitiis Rom. c.* 3. Vinn. Præter Conſules, Dictatores & Prætores leges etiam tulerunt magiſtratus majores extraordinarii reliqui, veluti *tribuni militum conſulari poteſtate*, & *decemviri*. De cenſoribus ſubſiſto, ob legem Cæciliam de fullonibus, a cenſore quippe latam, ſi credendum Plin. *Hiſt. N.* xxxv. 17. Hein.

Interrogante) Rogabat magiſtratus his verbis: *Velitis, jubeatis Quirites*, &c. Populus reſpondebat in tabella vel per literam *A*, id eſt, *antiquo*: vel per *V. R.* id eſt, *uti rogas*, quod ex antiquorum pleriſque locis intelligitur, vid. Agell. *lib* x. *cap.* 20.

Veluti Tribuno) Tribuni & ædiles plebeji proprii plebis magiſtratus erant: ſed ædiles rogationes ad plebem tuliſſe nemo prodidit. Plebiſcita comitiis tributis, leges centuriatis aut curiatis ferebantur: qua de re antiquitatis ſtudioſi conſulant Car. Sigonium, & Nic. Gruchium, qui ex profeſſo de comitiis Romanorum, & quæ res, quibus comitiis tractari ſolitæ, ſcripſerunt; quædam & nos notavimus ſub §. 1. *inf. de teſtam. ord.* Vinn. Sæpe tamen & leges tributim latas eſſe exempla docent quam plurima. Nam & majores magiſtratus ſenatorii tribus in ſuffragia mittebant. Exemplum eſt in lege Quintia apud Frontin. *de aquæduct.* & Reineſ. *Inſcr. claſſ.* 7. §. 10. Hein.

Quo ſpecies a genere) Rectius dixiſſet, *quo pars a toto*. Eſt quidem & genus quoddam totum, ſed univerſale, & ſpecies pars generi ſubjecta: ſed tale totum non eſt populus; ſed σύνολόν τι, quod ex partibus ſuis, plebe & patriciis conſtituitur.

Sine patriciis & ſenatoribus) Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes ſoli patricii ſibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad magiſtratus populi & in ſenatum eſſe cœpit; ſenatores plebejis opponi deſierunt. Sane patricii gente ſive genere a plebejis ſemper diſtincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro cenſu cujuſque diſtinctionem attinet, certum eſt multos e patriciis familiis, puta qui equeſtrem aut ſenatorium cenſum non habebant, in ordine plebejo, & contra plurimos ex plebejis gentibus in ordine equeſtri aut ſenatorio fuiſſe. Quin olim etiam antequam ex cenſu maximo ſenatores eſſe cœperunt, quod poſtremis temporibus factum eſſe ſcribit Plinius in *proœm. lib.* xiv. ipſi ſenatores, qui minimi cenſus erant, inter pedites numerabantur, & ſuffragium ſi ferre vellent, in quinta claſſe ſuffragium dicere debebant, vid. Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom. cap.* 4. 3

Lege Hortenſia) Tribunitiis rogationibus initio pars tantum civium, non omnes adſtringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius conſules, cum velut in controverſo jure eſſet, tenerenturne patres plebiſcitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs juſſiſſet populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. ſeceſſione ſecunda in Aventinum. Liv *lib.* iii. Idem poſtea confirmatum lege Hortenſia lata a Q. Hortenſio dictatore ſeceſſione tertia in Janiculum, anno ab U. C. 367. Et iterum a Dictatore Q. Publilio, anno ab U. C. 413. vid. Liv. *lib.* viii. Flor. *in epit.* 11. Gell. *lib.* xv. *c.* 27. Vinn. Ordo temporum hic plane perturbatus. Diximus ſupra ad Notas *h.* §. Hein.

Non minus valere quam leges) Ita factum eſt, ait Pomponius *l.* 2. §. *deinde* 8. *de orig. jur. ut inter legem & plebiſcitum ſpecies intereſſet conſtituendi: poteſtas autem eadem eſſet*. In ſumma, ut plebiſcita etiam leges revera & eſſent, & appellarentur.

Textus.

De Senatuſconſulto.

5. *Senatuſconſultum eſt, quod ſenatus jubet atque conſtituit. Nam cum auctus eſſet populus Romanus in eum modum, ut difficile eſſet in unum eum convocari legis ſanciendæ cauſa; æquum viſum eſt, ſenatum vice populi conſuli.*

Notæ.

5. *Auctus eſſet populus*) Ita & in *l.* 2. §. *deinde.* 9. *D. de orig. jur.* An autem hæc cauſa fuerit, an potius ambitio & aſtutia Cæſarum, melius ex Tacit. 1. *annal. cap.* 15. & Sueton. *in Tiber. cap.* 30. diſces. Quibus modis ſenatuſconſultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib.* XIV. *c.* 7. In notis S. C. D. *Senatuſconſultum decrevit.* Grot.

Commentarius.

1. *Quando & unde Senatus Juris condendi auctoritatem acceperit.*

Conſtat, jus legis ferendæ ſtante adhuc republ. ſolius populi, non Senatus fuiſſe: cui quidem, ut conſilio publico, permiſſum erat de iis rebus, quæ ad conſtituendam rempub. pertinebant, cognoſcere atque decernere; ſed ita, ut quæ majoris momenti viderentur, non aliter rata eſſent, quam ſi ea aut populus, aut plebs confirmaſſet. Polyb. *lib.* VI. *cap.* 12. *ſeq.* Dionyſ. Halic. *lib.* IV. & VII. nec ullo ſenatuſconſulto aut jus novum introductum aut vetus ſublatum legimus: ac ne Julio quidem & Auguſto imperantibus ulla hujuſmodi ſenatuſconſultorum mentio, ſed legum tantum aut plebiſcitorum. Ac proinde veriſſimum eſt, quod Bodinus *lib.* 1. *de republ. c.* 10. ſcribit, ſenatui Romano ab exactis urbe regibus uſque ad Tiberii Cæſaris dominatum leges jubere non licuiſſe, ſed decreta tantum annua, quæ tamen nec populum nec plebem tenerent; & manifeſte fallitur D. Connan. *lib.* 11. *c. de ſenat.* ſenatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ poteſtatem. Nam Dionyſ. Halic. *d. lib.* IV. expreſſe ſcribit, ſenatuſconſulta nullam vim legis habuiſſe, niſi plebs ea probaret; & quæ populus probaverat, annua tantum fuiſſe, niſi rogatione ad popu-
2 lum vel ad plebem vim legis adipiſcerentur. Quid igitur eſt, quod Juriſconſultus ſcibit in *l. non ambigitur.* 9. *de leg. non ambigi, ſenatum jus facere poſſe*? Non potuit integra adhuc repub. ſed tum demum poſſe cœpit, cum comitia e campo ad patres tranſlata ſunt; quod a Tiberio primum factum eſſe teſtatur Tacit. *lib.* 1. *annal. cap.* 15. Quippe Cæſar dictator, auctore Suetonio *in Jul. c.* 41. jus comitiorum non in totum populo ademerat, ſed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermiſſum reduxerat Auguſtus: ſic enim accipio, quod idem Suetonius *c.* 40. *in Aug.* ſcribit; *Auguſtum jus priſtinum comitiorum reduxiſſe*: eumque Suetonii ſenſum ex Dione adſtruit Juſt. Lipſius; ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox ſubjicit: *Nam ad eam diem*, inquit, *etſi potiſſima arbitrio principis, quædam tamen ſtudiis tribuum fiebant*. Ex eo igitur tempore legibus & plebiſcitis quieſcentibus, ſenatus jus facere cœpit: quanquam non tam propria auctoritate, quam conniventia quadam & indulgentia Principum; quod vel unus Tacitus nos docere poteſt, & arguunt orationes Principum in ſenatu haberi ſolitæ, in quas ſenatuſconſulta fiebant. Tandem tranſlato in Orientem imperio, mutataque penitus reipub. forma, hæc poteſtas ſenatus exolevit, atque a Leone Philoſopho etiam nominatim ſenatui adempta eſt. *Nov. Leon.* 78.

Nam cum auctus) Αἰτιολογία: at τὸ ἀναίτιον ὡς αἴτιον. Nam ex Livio *lib.* 1. *cap.* 17. Dionyſ. Halicarn. *lib.* II. & VI. *p.* 491. diſcimus, ſenatuſconſultorum primordia vetuſtiſſima eſſe: legemque jam inde ab urbe condita fuiſſe, quæ omnia in ſenatus poteſtate ponebat, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed fortaſſis hoc dicere Juſtinianus voluit; quod & Pompon. in *l.* 2. §. *deinde* 9. *de orig. jur.* aucto populo in eum modum, ut difficulter jam omnes convenire poſſent, neceſſitate eo rem deduxiſſe, ut æquum viſum fuerit etiam de iis rebus ſenatum conſuli, de quibus antea ad populum ferri ſolebat. Sed & hoc ipſum falſum eſſe ex iis, quæ paulo ante diximus, manifeſte liquet, poteſtatemque populi ad ſenatum tranſlatam aſtutia Cæſarum, qui ut Tranquillus *in Tiberio* ſcribit *c.* 29. & *ſeqq. ſenatus potentiam augendo, ſuæ ſerviebant.*

Textus.

De Conſtitutione.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem: quum lege regia, quæ de ejus imperio lata eſt, populus ei & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem concedat. Quodcunque ergo Imperator per epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, vel edicto præcepit, legem eſſe conſtat. Hæ ſunt, quæ conſtitutiones appellantur. Plane ex his quædam ſunt perſonales, quæ nec ad exemplum trahuntur: quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulſit, vel ſi quam pœnam irrogavit, vel ſi cui ſine exemplo ſubvenit, perſonam non tranſgreditur. Alia autem cum generales ſint, omnes procul dubio tenent.*

NOTÆ.

6. *Lege Regia*) Ex *l.* 1. *D. De conſtit. princ.* Lex Imperii dicitur *l.* 3. *C. de teſtam.* De lege regia cognoſce ex indice *leg. Rom.* Hotomanni.

Per Epiſtolam) Epiſtola eſt reſcriptum Principis, quo de jure conſulentibus reſpondet. Ut paſſim *in Cod.*

Decrevit) Decretum Principis dicitur, cum ipſe de cauſa cognoſcit, & partibus auditis pronuntiat, ut in *l.* 3. *D. de his quæ in teſt. del.* *αποφασις βασιλικη* in Gloſſ. Baſilic.

Edicto præcepit) Edictum eſt, cùm Princeps motu proprio, *εξ οικειας φυσεως κινηθεις* aliquid conſtituit ad honeſtatem & utilitatem ſubditorum. Theophil. & l. 3. *C. de legib.* & fere ad præfectos prætorio hujuſmodi conſtitutiones diriguntur, ut in *l.* 6. *C. de ſecund. nupt.* & ſimilib. VINN. Immo & ad præſides dirigebantur edicta, uti *l. un. C. Theod. de ſtrator. lib.* VI. *tit.* 31. quin & ad provinciales, veluti *l.* 17. *C. Th. de tiron. lib.* VII. *tit.* 13. HEIN.

Perſonales) Hæ ſunt, quæ privilegia Latinis dicuntur, eo quod veteres *priva* dixerunt, quæ nos *ſingula* dicimus. Gell. X. *c.* 20. Feſt. in voce *privus*, & ib. Joſ. Scal. *in annot.* alias jus ſingulare. *l.* 16. *D. de legib.* Hujuſmodi ſunt privilegia militum, doctorum, ſtudioſorum, &c.

Pœnam irrogavit) Nempe graviorem ordinaria propter exemplum. Obiter hic nota, privilegia non ſolum pro aliquo, ſed etiam in aliquem ferri poſſe, ut in Milonem a Pompejo, a Clodio in Ciceronem lata ſunt.

Perſonam non tranſgreditur) Non producitur hoc jus ad conſequentias, *l.* 24. *D. de legib.* non tranſit ad ſucceſſores, *l.* 68. *l.* 196. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Lege regia jus omne populi privative in Principem translatum.*
2. *Genera conſtitutionum expoſita.*
3. *Quid & quotuplices ſint, tum quam vim habeant conſtitutiones perſonales & privilegia, & n.* 5.
4. *Privilegiorum rariorem uſum eſſe in ſtatu democratico, quam in monarchico.*
6. *De reſcriptis contra jus elicitis & de precibus ſub & obreptitiis, nec non de moratoria præſcriptione.*

LEge Regia) Hæc eadem habet Ulp. *l.* 1. *de conſt. princ.* Latam autem fuiſſe legem, idque ſub Auguſto, eamque ſecutum in eandem ſententiam ſenatuſconſultum, qua lege populi omnis poteſtas Principibus conceſſa, ipſique legibus ſoluti ſunt, probatur teſtimonio Dionis, qui *lib.* LIII. de principibus loquens, *λελυνται*, inquit, *τοις νομοις ὡς αυτα τα λατινα ῥηματα λεγει, ut ipſa verba latina ſonant.* Quod non niſi de verbis alicujus legis accipi poteſt. Eadem eſt, quæ lex imperii dicitur, *l. ex imperfecto*, 3. *C. de teſtam.*

Ei & in eum) Hæc verba *in eum* Theoph. Hotom. Weſemb. interpretantur in ſe, quod nimis argutum. Probabile eſt, populum his verbis in formula legis uſum ad oſtendendam enixam ſuam voluntatem omne imperium ſuum *παντελως* transferendi. Fabrot. VINN. Alia exempla ubi *omnia & in omnibus* ſimili pleonaſmo junguntur, collegit Ger. Noodt *Obſ.* 1. 3. qui recte docet *ei* & *in eum* unum valere, probante hanc obſervationem V. C. Car. Andr. Dukero *de Latin. jurec. vet. p.* 324. HEIN.

Omne imperium & poteſtatem] Ergo populus non retinuit veterem poteſtatem, eamque cum principe communicavit duntaxat, ſicuti illi ſentiunt, qui populum non privative, ſed cumulative poteſtatem ſuam in Principem contuliſſe contendunt; qui error in notiſſima Politices principia impingit, & manifeſtior eſt, quam ut refutari debeat. Non equidem nego jura majeſtatis ita dividi poſſe, ut non omnia in unum, quem Principem conſtituit populus, transferantur, ſed quædam apud optimates aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: ſed eadem jura majeſtatis & transferri & retineri nullo modo poſſunt. Nihil ad rem facit quod Principes ab inviſis populo nominibus, Regis aut Domini abſtinuerint, cum alio ſub nomine regiam poteſtatem exercerent, auctore Dione *d. lib.* LIII. quod non ſatis examinavit D. Gudelinus *lib.* V. *de jur. noviſſ. c.* 2. multo autem minus jus illud imaginarium populi in ſuffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria ſenatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, *veſtigia morientis libertatis*. Et veriſſime de populo Romano Juvenalis *Satyr.* 10. *v.* 77. 1

Qui dabat olim
Imperium, faſces, legiones, omnia, nunc ſe
Continet, atque duas tantum res anxius optat,
Panem & Circenſes.

Quodcunque ergo Imperator) Conſtitutiones Principum non ſunt unius generis. Diſtinctio a cauſa finali, hoc eſt, a ſcopo & intentione principis ſumenda. Etenim vel hoc aperte & directe Princeps agit, ut legem condat & jus præſcribat, quod fit non tantum, cum generaliter & motu proprio quid conſtituit ad uſum ſubditorum, quæ ſpecies conſtitutionis edictum dicitur & lex edictalis, *l.* 6. C. *de ſec. nupt. cum ſimil.* ſed etiam cum reſpondet magiſtratibus de jure dubio conſulentibus: quanquam Theophilus hoc genus conſtitutionis epiſtolæ ſpeciem facit; vel non agit id principaliter, ut jus aliquod in comune conſtituat, ſed ut in ſpecie litem aliquam inter partes componat; & tamen propter excellentiam & dignitatem perſonæ conſtituentis, id quod conſtituit, legis vigorem habet, *l.* 1. §. 1. *de conſt. Princ. l. ult. C. de legib.* cum a judicibus res judicatæ aliis non noceant, *tit.* C. *res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne ſententiæ quidem latæ in conſiſtorio Principis, aut ab ipſo quidem Principe, ſed ad relationem & conſultationem judicum *l.* 2. *l.* 3. C. *de legib.* Vide tamen Chriſtin. *vol.* II. *deciſ.* 63. *n.* 3. & *ſeq.* & *vol.* III. *deciſ.* 3. *n.* 8. & 9. Poſterioris hujus generis duæ ſunt ſpecies, epiſtola & decretum. Epiſtola proprie dicitur, cum privatis de jure ſuo conſulentibus Princeps reſcribit. Decretum, *αποφασις βασιλικη* cum ipſe de cauſa cognoſcit & partibus auditis ſententiam pronunciat; quem veterum Principum morem fuiſſe teſtantur hiſtoriæ AA. ſcriptores, elegans exemplum habemus in *l.* 3. *de his quæ in teſt. del.* VINN. Alia exempla exſtant in *l.* 13. *ff. quod met. cauſ. l.* 41. *ff. de inſt. her.* Conf. Jac. Gothofr. *ad l. ult. C. Th. de offic.*

ſie. jud. omn. ubi pleniſſime de modo, quem principes in decernendo obſervabant. Hein.

3 *Quædam ſunt perſonales*) Cum dixiſſet non ea tantum, quæ Princeps edicto præcepit, ſed etiam quæ per epiſtolam conſtituit, aut cognoſcens decrevit, vim etiam in aliis cauſis & perſonis habere, id nunc ex Ulpiano in *d.l.* 1. §.2. *de conſt. Princ.* ſic temperat, niſi aliam eſſe voluntatem & ſententiam Principis appareat: eſſe enim conſtitutiones quaſdam perſonales; quibus jus ſingulare in certæ alicujus perſonæ gratiam conſtituitur: Hæ ſunt quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quod veteres *priva dixerunt qua nos ſingula dicimus* auctore Agellio *lib.* x. *c.* 20. & Feſto in voce *privus*, ubi Joſ. Scal. *in annot. Offendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum ſubſtituerint*, ut in ea pro dom. *cap.*17. *Vetant leges ſacratæ, vetant* 12. *Tabb. leges privis hominibus irrogari*. At hodie legunt *privatis:* Item III. de leg. *cap.*19. *Tantum majores in poſterum providiſſe: in privatos homines leges ferri noluerunt. Cum Cicero ſcripſerit in privos homines. Subjicit enim: id enim eſt privilegium. Poſtea interpretatur: ferri de ſingulis niſi centuriatis comitiis noluerunt.* Ait autem Iuſtinianus, hujuſmodi conſtitutiones perſonales ſive privilegia aut jura ſingularia in exemplum non tra-
4 hi, nec perſonam egredi: quoniam non ea mens ſit Principis, qui ſolius puta Titii aut Sempronii cauſa aliquid conſtituit, ut id, quod ita conſtituit, in univerſum pro jure obſervetur, aut ad alios transferatur. Apparet vero ex ipſis verbis, non agi hoc loco de privilegiis cauſæ aut rei, ſed perſonæ, quibus ſola perſonæ conditio locum facit; qualia ſunt privilegia militum, doctorum, ſtudioſorum, &c. Item immunitas certæ perſonæ tributa, *l.*1. §.1. *de jur. immun.* jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum eſt in bonis mariti, & nominatim a Juſtiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothecariis etiam tempore prioribus præferatur, *l. aſſiduis* 12. *C. qui pot. in pig.* Tale item beneficium eſt, quod parenti, patrono, marito, donatori &c. conceſſum, ut in id tantum, quod facere poſſunt, condemnentur, *l. ſunt qui* 16. *& ſeqq. de re jud. l.*12. *& ſeqq. ſol. matr.* Hæc & ſimilia perſonarum privilegia deficiente perſona, cui data ſunt, ſtatim ſimul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad ſucceſſores tranſeunt, *dd.ll. l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *de reg. jur.* niſi id quoque nominatim privilegio cautum ſit *l.*4. *de jur. immun.* At quæ privilegia magis cauſæ, quam perſonæ præſtantur, ea hæredibus quoque & ceteris ſucceſſoribus tribuuntur, *d. l. in omnibus* 68. *& d. l. privilegia* 196. *de reg. jur.* Cujus generis beneficia ſunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ, *l.*4. §.3. *de cenſib.* induciæ temporis quæ judicatis indulgentur, *l. tempus* 29. *de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impenſas funeris, *l. pen. junct. l. filiusf.* 31. §. *ult. de rel. & ſumpt. fun. &c.* de quo adi D.Pet.Fab. *ad d.l. in omnibus* 68. *& d.l. privilegia* 196. *de reg. jur.* Criſtin. *vol.*v. *deciſ.*47. *num.*
4 30. *& ſeq.* Uſus privilegiorum, ut hoc obiter addam, frequentior eſt, ubi ſinguli regunt, quam ubi univerſi, propterea quod in ſtatu populari major eſſe debet æqualitatis obſervatio. Quam ob cauſam etiam lege 12. tabb. cautum fuit *ne privilegia irrogarentur*, teſte Cic. *pro dom. ſua*; quod Decemviros a Græcis accepiſſe ex *oratione* Demoſthenis *contra Ariſtocratem* liquere poteſt. Ceterum hoc juris erat ordinarii; nam extra ordinem jure ſupremæ poteſtatis privilegia etiam a populo aliquando ferebantur, ſed nonniſi centuriatis comitiis, Cic. III. *de legib. cap.*19. Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante magiſtratum capere poſſet, quam per leges licebat. Sic Athenienſes cum injurati nullius teſtimonium admitteretur, ſoli Xenocrati remiſerunt jusjurandum. Diog Laert. *in Xenocr.*

Ob meritum indulſit) Tres perſonalium conſtitu- 5
tionum ſpecies hoc loco proponuntur; ſi quid princeps alicui ob meritum indulſit, puta immunitatem ab oneribus publicis; ſi quam pœnam irrogavit, puta graviorem ordinaria propter exemplum; ſi cui ſine exemplo ſubvenit, puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum privilegia non ſolum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri poſſe, ut in Milonem a Pompejo, in Ciceronem a Clodio lata ſunt,
Cic. *pro domo ſua cap.* 17. Illud hic prætereundum 6
non eſt, non ut quiſque privilegium a Principe impetravit, ita & continuo id valere. Nam primo reſcripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita a judicibus improbari etiam ipſorum Imperatorum conſtitutionibus jubentur, extra quam ſi proſint petenti & alium non lædant, vel crimen ſupplicantibus indulgeant, *l.*3. *&* 7. *C. de prec. Imp. off. l. ult. C. ſi cont. jus vel util pub.* aut licet cum læſione alterius, moratoria duntaxat præſcriptio debitori permittatur, ut eſt in *l.*2. C. *de prec. Imp. offer.* id eſt, exceptio dilatoria, exceptio non qua perimatur actio, ſed petitio & exactio in tempus certum differatur, ſpatio ad ſolvendum debitori dato *Brieven van reſpiit*. Quo tamen caſu placet non aliter reſcriptum valere, quam ſi fidejuſſio idonea ſuper debiti ſolutione præbeatur. *l.*4. *C. d. tit.* quod & cautum Caroli V. *edicto* 19. *Maji* 1544. *art.* 32. Secundo ſi Principi obreptum ſit, celata ſcilicet veritate; vel ſubreptum expreſſo mendacio, reſcripti fructu privari jubetur, qui id impetravit, *l.* 2. *C. de legib. l. pen. C. ſi cont. jus vel util. pub.* Utrumque ex voluntate & mente Principis ſumptum eſt, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere; aut aliter, quam ſi preces veritate nitantur, *l.*7. *C. de div. reſcr. l. pen. & ult. C. ſi cont. jus & ib.* Groenew. *tract. de ll. abrog.* Gail. 1. *obſ.*14. Tuld. & Perez. *poſt DD. comm. ad d. tit. C. ſi cont. jus vel. ut. pub.* Ant. Fab. *C. ſuo ibid. defin.*1. Chriſtin. *vol.*II. *deciſ.* 74. *&* 76. exemplum in *l.*1. *ff. de natal. reſtit.* Hinc eſt, quod a Curiis reſcripta ejuſmodi aut rejici aut admitti, ſive ut nunc loquuntur, interinari ſolent.

Textus.

De Jure honorario.

7. *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium ſolemus appellare: quod qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus, auctoritatem*

huic juri dederunt. Proponebant & ædiles curules edictum de quibuſdam cauſis; quod & ipſum juris honorarii portio eſt.

NOTÆ.

7. *Prætorum edicta*) Jus prætorium introductum eſt adjuvandi vel ſupplendi & corrigendi juris civilis gratia, *l.* 7. §. 1. *D. de juſt. & jur.* exempla *in pr. &* §. 1. *infr. de bon. poſſ.* §. 3. *infr. de exh. lib.* §. 9. *infr. de her. quæ ab inteſt.* §. 3. *infr. de leg. agn. ſucc.*

Non modicam auctoritatem) Minorem tamen, quam ſpecies ſuperiores. Nam edicta prætorum non valebant auctoritate populi aut Principis, ſed tantum ob honorem magiſtratus, qui non tam conditor eſt juris novi, quam cuſtos & interpres conditi, *d. l.* 7. §. 1. *& l. ſeq. D. de juſt. & jur. l.* 2. §. 10. *D. de orig. jur. l.* 12 §. 1. *D. de bon. poſſ. l.* 1. *in fin. D. ex quib. cauſ. maj.*

Ædiles curules) Ad diſtinctionem ædilium plebis. Curabant ædes ſartas tectas eſſe, aquas mundas, integros aquæductus, vias expeditas. Cic. V. *in Verr. cap.* 14. add. Liv. *lib.* VI. *in fin. &* VII. *in pr.* Varr. IV. *de ling.*

Juris honorarii portio) Jus honorarium genus eſt, cujus ſpecies prætorium & ædilitium. VINN. Immo & proconſulare. Nam & edictum provinciale magiſtratus in ſuis quoſque provinciis propoſuiſſe nemo ignorat. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Unde prætori & qualis condendi juris poteſtas.*
2. *Ædiles Curules qui & unde dicti.*
3. *Jus ædilitium quo ſenſu dicatur ſub prætorio contineri.*

INter ſpecies juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium: quod tamen non raro ut ſpecies diverſa, juri civili opponitur. Sed non eſt novum in jure noſtro, ut idem nomen nunc latius, nunc anguſtius accipiatur: & quod per ſe poſitum nomen generis eſt, contrahatur ad certam ſpeciem oppoſitam ſpeciei ejuſdem generis. Itaque cum jus civile a prætorio diſtinguitur, per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis Principum; auctoritate prudentum venit, per prætorium, quod illius juris adjuvandi, ſupplendi, corrigendi cauſa magiſtratus introduxerunt. Papinian.
1 *l.* 7. *de juſt. & jur.* Unde autem prætori juris condendi poteſtas? Neque enim prætor aliud, quam magiſtratus fuit, juri dicundo non condendo, quod majeſtatis eſt, præpoſitus; cuſtos juris civilis, non arbiter, neque ulla lege talem poteſtatem prætori datam uſpiam legimus. Sic exiſtimo, Prætores ab initio jure magiſtratus edicta tantum propoſuiſſe, de quibus rebus, & quomodo jus dicturi eſſent, *l.* 2. §. *eodem tempore.* 10. *de orig. jur.* Progreſſu autem temporis, non obtinente populo, hoc ſimul uſurpaſſe ut edicendo etiam jus conſtituerent: ut tamen edicta eorum minorem longe vim, quam leges haberent, nec abrogare jus conſtitutum aut receptum poſſent, *l. cum ſponſus* 12. §. 4. *de publ. in rem act. l.* 12. §. 1. *de bon. poſſ.* ſed tantum adjuvare, ſupplere, corrigere, *l.* 7. §. 1. *de juſt. & jur.* hoc eſt, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec ſancita nominatim nec vetita eſſent, ex bono & æquo aliquid ſtatuere, etiam præter rationem juris civilis. Nam certe plus hic licuiſſe prætori, quam vel juriſconſultis vel judicibus privatis, argumento ſunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum poſſeſſiones præter manifeſtam rationem juris civilis a prætore introductæ, in quibus ante jus a prætoribus conſtitutum nihil ſibi ſumere quiſquam privatus potuit: atque hinc eſt, quod edictum prætoris nonnunquam lex appellatur, uti ab Ulpiano *l.* 1. §. 2. *unde cog.* & Cic. III. *Verrin.* VINN. Vera hæc omnia, ſi de jure quæras. Neque enim quiſquam dixerit, jus fuiſſe prætoribus, jura conſtituta abrogare. Sed ipſo facto tamen abrogarunt, & fictionibus, novis inventis vocabulis, reſtitutionibus in integrum jus antiquum mutarunt, uti docuimus in *Antiquit. Rom.* §. 24. *h. t.* Agnoſcit hoc Dio Caſſ. *lib.* XXXVI. *p.* 21. referens, quod prætores *ουτε τα γραφθεντα ετηρων, αλλα πολλακις αυτα μετεγραφον*, *ne quidem jura ſcripta ſervarint, ſed ea mutaverint ſæpenumero.* HEIN.

Qui honores gerunt) Jus honorarium ad honorem prætorum nominatum eſt, ait Papin. in *d. l.* 7. §. 1. quod, qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus, auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Juſtinian. Propoſuerunt quidem & alii magiſtratus cenſores, conſules, tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum eſt; nec dubium, quin ſecundum ea jus dictum fuerit; attamen quia ſoli prætores juris dicundi cauſa creati ſunt, totaque fere juriſdictio penes prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne quod a juriſdictione venerat, non minus prætorium, quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

Ædiles Curules) Curules, ad diſtinctionem ædi- 2
lium plebis: nam ædilitatem curulem patricium magiſtratum fuiſſe conſtat ex Liv. *init. lib.* VII. *dec.* 1. Ædiles autem dicti a potiſſima parte procurationis eorum, quod ædes ſacras & privatas ſartas tectas eſſe curarent. Auctores Feſtus & Varro *lib.* IV. *de ling. Lat.* nam & alia ad munus eorum pertinebant, quæ recenſet Cic. *lib.* V. *in Verr. cap.* 14. & Gruch. *lib.* I. *de comit. Rom.* De veriverbio vocis Curules non magnopere laborandum; ſive enim a Curia, ſive a curru, quo vehebantur, ſive a ſella curuli, in qua ſedebant, eam deducas, parum refert.

De quibuſdam cauſis) De rebus maximeque mancipiis & jumentis venalibus, item de animalibus feris continendis, qua vulgo iter fit, edictum ſatis celebre, & explicatum, lib. XXI. π tit. 1.

Juris honorarii portio) Jus ædilitium appellatione 3
juris honorarii proprie continetur, ut ſpecies appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus ædilitium continet, *l.* 5. *in pr. de verb. oblig.* non quidem verbi ſignificatione, (neque enim ædiles prætores erant) ſed ſententia ſcribentis. Et hoc eſt, quod Pomponius ſcribit in *d. l.* 5. prætorias ſtipulationes ſic exaudiri oportere ut in his etiam contineantur ædilitiæ *nam & hæ*, inquit, *a juriſdictione veniunt*, innuens id, quod de prætoriis, tanquam principali earum ſpecie, dictum eſt, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem ſit cauſa & origo, juriſdictio nimirum magiſtratus.

TE-

Textus 8.

De Reſponſis Prudentum.

8. *Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum, quibus permiſſum erat, de jure reſpondere: nam antiquitus conſtitutum erat, ut eſſent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæſare jus reſpondendi datum eſt, qui Juriſconſulti appellabantur: quorum omnium ſententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a reſponſis eorum non liceret, ut eſt conſtitutum.*

Notæ.

8. *De jure reſpondere*) Cujac. Hotom. Weſ., ut ex libris veteribus, *jura condere*. Theoph. νομοθετειν. ſed ut recte idem, κατα πευσιν και αποκρισιν, *per conſultationem & reſponſionem*.

Antiquitus conſtitutum) Malo *inſtitutum*, nulla enim lege id conſtitutum, ſed more majorum inſtitutum fuit: dictaque hæc pars in ſpecie jus civile, *l. 2. §. 5. de orig. jur.*

A Cæſare) Primum D. Auguſtus conſtituit, ut ex auctoritate Principis reſponderetur, *d. l. 2. circa fin.*

Quorum omnium) Aut utique plurimorum, *l. un. C. Theod. de Reſponſ. prudent.*

Commentarius.

Origo auctoritatis prudentum a capite accerſita.

Poſtrema juris ſcripti pars ſunt reſponſa prudentum. Cujus juris originem operæ eſt a capite accerſere. Latis legibus 12. tabb. quæ perbreves erant & obſcuræ, cœpit (ut naturaliter evenire ſolet) ut interpretatio deſideraret prudentum auctoritatem, neceſſariaque eſſet diſputatio fori. Hæc diſputatio atque hoc jus, quod ſine ſcripto venit, compoſitum a prudentibus, communi nomine appellabatur jus civile, hoc eſt, nomine generis ad ſpeciem contracto. Hæc Pompon. *l. 2. §. his legibus. 5 de orig. jur.* Unde primo intelligimus, interpretationem juris duntaxat prudentibus permiſſam fuiſſe, non juris proprie condendi poteſtatem: ac neque hanc earum interpretationem ſtatim pro jure acceptam: ſed ubi ea in foro agitata & recepta eſſet; quo reſpectu jus iſtud ſine ſcripto introductum Pomponius ait; quod tamen pars eſt juris ſcripti, quatenus eſt ex interpretatione illius juris & legum ſententia, *arg. l. 6. §. 1. de verb. ſign.* ad quod declarandum habemus accommodatiſſimum exemplum, *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc ſenſu recte opponitur conſuetudini. Item jus illud ſive receptas interpretum ſententias compoſitas, hoc eſt, deſcriptas, atque in certum volumen collectas fuiſſe, neque ab iis judicem in judicando potuiſſe recedere; utpote quæ partem conſtituerent juris civilis, eoque nomine in ſpecie etiam appellarentur. Atque ut obiter ſciamus, ante tempora Auguſti, quicunque ſtudiorum ſuorum fiduciam habebat, de jure conſulentibus publice reſpondere poterat. Divus autem Auguſtus, quo major eſſet juris auctoritas, primus conſtituit, ut ex ſua auctoritate reſponderetur. Poſt quod tempus peti pro beneficio & a Principe jus reſpondendi dari cœpit, ut *in d. l. 2. circa fin.* idem Pompon. ſcribit; quam ob cauſam nonnulli exiſtimant ex eo demum tempore reſponſa auctoritatemque Juriſconſultorum inter partes juris ſcripti numerari cœpiſſe. Nunc verba hujus §. inſpiciamus.

Permiſſum erat de jure reſpondere) Hoc ad tempora liberæ reipub. referri non poſſe ex jam dictis liquido apparet: ſed ad poſteriora referendum, poſtquam nimirum D. Auguſtus hoc jus a Principe peti voluit. Fallitur Theophilus, dum putat hoc jus à populo aut ſenatu conceſſum fuiſſe.

De jure reſpondere) Veteres codices, (auctore D. Pacio) habent *jura condere*, id eſt νομοθετειν, non male: nam & conſulti quodammodo jus condebant; nempe, ut recte Theophilus, κατα πευσιν και αποκρισιν, *per conſultationem & reſponſionem*, quo ſenſu etiam juris conditores nonnunquam appellantur, *l. nulla 23. C. de proc. l. ſi furioſi 25. C. de nupt.* Ceterum, ut dixi, quod ita reſpondentes interpretando condebant: non ex propria eorum auctoritate ſtatim valuit aut vim legis habuit; ſed tum demum habere cœpit, cum uſu forenſi receptum eſſet: errantque adeo toto judicio, qui tantam Juriſconſultis auctoritatem tributam fuiſſe exiſtimant, ut novum etiam jus condere potuerint per *l. ult. C. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; ſed tantum relinquitur priſtina legum interpretandarum facultas, add. D. Gudelin. *v. de jur. nov. 2.*

Conſtitutum erat) Malo *inſtitutum*, ut nonnulli codices habent; nulla enim conſtitutione tale quid ſancitum fuit.

Juriſconſulti) Item juriſperiti, & *prudentes*, & *auctores juris*, modeſtiæ quoque cauſa juris ſtudioſi appellari amabant: fortaſſis ad exemplum Pythagoræ, qui ſe non σοφον, ſed φιλοσοφον dici voluit. Itaque hæc appellatio communis eſt tam præceptorum, quam diſcipulorum & auditorum juris, *l. 1. de off. aſſeſſ. l. 9. §. 4. de pœn. l. 4. de extr. cogn.* quibus in locis conſtat juris ſtudioſos pro juris profeſſoribus & aſſeſſoribus comitibuſve judicum accipi. add. Cujac. VII. *obſerv.* 25. Ræ|vard. II. *conject.* 10.

Quorum omnium) Aut utique plurimorum: nam ſingulorum ſententiis eam vim tribuere perquam abſurdum; & videtur Juſtinianus, ut verba poſtrema hujus §. arguunt, reſpicere ad conſtitutionem Theodoſii, quæ extat in *l. un. Cod. Theod. de reſp. prud.* Vinn. Immo omnino omnium, quibus jus reſpondendi a principe datum, opiniones & ſententiæ judicem obligabant, eo modo, uti hodie in Germania ſententiæ a collegiis juridicis conceptæ. Theodoſii conſtitutio non ad reſponſa & ſententias JCtorum, ſed ad ſcripta veterum inter ſe diſſentientia, in judiciis allegata pertinet. Hein.

TEXTUS.

De jure non ſcripto.

9. *Sine ſcripto jus venit, quod uſus approbavit; nam diuturni mores conſenſu utentium comprobati legem imitantur.*

NOTÆ.

9. *Diuturni*) Propria hæc ſunt epitheta conſuetudinis, ut dicatur, diuturna, longa, inveterata, quanto autem tempore introducatur, jure noſtro definitum non eſt.

Legem imitantur) Id eſt, legis vim & effectum habent, *l.*32. *& ſeq. D. de legib.* Quin etiam plus valere, & in rebus majoris momenti verſari leges, quæ moribus comprobatæ ſunt, quam quæ ſcripto conſtant, teſtatus Ariſtot. III. *Polit. cap. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Juris non ſcripti ſeu longa conſuetudine introducti quanta, & unde auctoritas, & num.*2. *&* 5.
3. *Ad jus conſuetudine introducendum opus eſſe probabili ſuperioris ſcientia.*
4. *Quantum tempus, quot actus & quales ad inducendam conſuetudinem neceſſarii.*
6. *Applicatio ſuperioris diviſionis ad jus civile Batavorum.*
7. *An plures ſpecies juris, quam qua memorata, & de æquitate, & communi opinione.*

1 *Sine ſcripto*) De quibus cauſis ſcriptis legibus non utimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt, *l. de quib.*32. *de legib.* Imo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum eſt, ut non fuerit neceſſe ſcripto id comprehendere, *l. imo magna.* 36. *eod.* *Uſus eſt*, inquit alicubi Livius, *graviſſimus juris cenſor & explorator, ut non poſſit non æquum eſſe & utile, quod is probavit, ſæpius facto periculo.* Cui ſimile eſt, quod Ariſtot. III. *Polit. ult.* ſcribit, *plus valere & in rebus majoris momenti verſari leges, quæ moribus comprobatæ ſunt, quam quæ ſcripto conſtant.* Dicitur autem hoc jus non ſcriptum, non quod ſcribi non poſſit, ſed quod ſcribi neceſſe non ſit, *d. l.* 36. Utique tamen utile eſt ſcripto id comprehendi ad lites & ſumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum conſuetudines non modo ſcriptas, ſed etiam commentariis illuſtratas circumferri. Neque tamen idcirco conſuetudo fit jus ſcriptum, quod legem appellamus: quia non ex ſcriptura, ſed ex uſu æſtimatur; & facilioris tantum probationis cauſa ſcripta intelligitur. VINN. Non fit jus ſcriptum per ſcripturam, quia non per modum legis publicatur. *Γραφειν νομους* autem eſt *leges publicare.* vid. ſupr. *ad* §.3. *h. t.* HEIN.

Conſenſu utentium) Nimirum tacito. Nam quemadmodum expreſſa ſanctio legem facit, ita tacita populi voluntas conſuetudinem; unde quoad vim & effe-
2 ctum inter hæc duo nihil intereſt. Quid enim refert, ait Julianus in *d. l. de quibus* 32. *ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio ſubjectum: nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito conſenſu conſuetudinem introducere poſſunt, quam expreſſo legem. Hinc, quia ejuſdem eſt legem tollere, cujus eſt condere, recte reſcriptum eſt in *l.*2. *C. quæ ſit long. conſ.* legi a Principe latæ contraria conſuetudine derogari non poſſe. Quamobrem etiam exiſtimandum eſt Julianum in *d. l. de quibus* 32. reſpexiſſe ad anteriora tempora, quibus populo adhuc jus ſuffragii erat, aut ad ea jura, quæ nondum ſublato jure ſuffragii moribus introducta ſunt: quale eſt pupillaris ſubſtitutio, *l.*2. *de vulg. & pup. ſubſt.* item querela inofficioſi teſtamenti. *l.* 8. *in pr. de bon. poſſ. cont. tab.* donationis inter virum & uxorem improbatio, *l.*1. *de don. int. vir. & ux.* & ſi quæ ſunt generis ejuſdem. Fortaſſis etiam jura municipiorum conſideravit, quæ ſuis legibus & moribus utebantur etiam ſub Imperatoribus, ut notavi *ſup.* §. 1. Evincit hoc ipſa juriſconſulti diſputatio, qui argumentatur a jure ſuffragii ad jus introducendi conſuetudinem. Proin- 5
de in ſtatu populari jus conſuetudinis introducendæ, quæ inſtar legis ſit, ſolus populus habere poteſt; in monarchico aut optimatum non item: ſed in ea introducenda probabilis Principis, aut ſuperioris ſcientia & patientia requiretur, ut recte D. Weſemb. *par. de legib. n.*9. & D. Hudelin. *lib.* V. *de jur. noviſſ. c.*2. *per d. l. de quib.* 32. *& d. l.*2 *C. quæ ſit long. conſ.* etſi quod non requiratur ſcientia ſuperioris, communior opinio eſt, quam poſt Schneid. *hic n.*2. probat D. Tulden. *ad d. t. C. n.* 1. & in judicando ſecuta eſt ſuprema Curia Mechlin. teſte D. Chriſtin. *vol.* II. *deciſ.* 55. *num.* 5. *&* 6. neque D. And. Gail. II. *obſer.* 31. aut Mynſ. VI. *obſ.* 41. *& ſeq.* hoc inter requiſita conſuetudinis numerant. Plane quatenus civitates ſtatuta condere poſſunt, nec conſuetudines ſtatutis ſimiles introducere prohibentur, aut ante ſtatuta tacite abrogare.

Diuturni mores) Propria hæc epitheta ſunt conſuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cum ſenſim tacito conſenſu populi inducatur, neceſſe eſt is conſenſus ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc reſpectu conſuetudo facti eſt, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, ſi ea judicio contradictorio aliquando firmata ſit, *l. cum de conſuetudine.* 34. *de legib.* Quantum 4
autem tempus & quot actus ad introducendam conſuetudinem requirantur, inter interpretes non ſatis convenit, D. Connanus. 1. *comm.* 10. & Hotom. *hic* tantum tempus requirunt, quantum ſuperſtitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit per *l.* 1. §. *ult. junct. l.*2. §. *idem Labeo* 7. *de aq. pluv. arc.* Vulgo, teſtibus, D. Gail. II. *obſ.* 41. Mynſ. VI. *obſ.* 41. Schneid. *hic n.* 5. Weſemb. *par. de legib. num.* 9. arbitrantur conſuetudinem induci decennio aut tanto tempore, quanto jus aliquod præſcribi poteſt. Verum ut recte D. Ant. Fab. 1. *juriſpr.* 2. *pr.* 11. notat, in eo hi omnes errant, quod conſuetudinem cum præſcriptione juris confundunt. Præſcriptio enim nullum jus acquirit, niſi præſcribenti, & in eos duntaxat, contra quos præſcriptum eſt, & in tantum, in quantum præſcribens poſſedit vel quaſi. Conſuetudo vero acqui-

quirit jus in univerſum omnibus & contra omnes in ſuo caſu, quia cum ſit lex quædam tacita, legem imitatur, *l. ult. C. quæ ſit long. conſ.* Quam ob cauſam cum D. Cujac. xx. *obſ.* 1. & Menoch. *conſil.* 543. *num.* 20. potius judicis arbitrio hoc definiendum cenſeo, qui pro negotii qualitate, modo longius, modo brevius, tempus ſtatuere poſſit, & quantumcunque tempus ſufficere, modo adſit actuum frequentia, & uniformitas, ut Ant. Fab. *ad l. nam Imperator* 38. *de legib.* Et quoniam in conſuetudine introducenda non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis morem inſpicere debemus, ſed totius populi uſum, eumque colligere ex iis, quæ non ſemel aut bis, ſed frequenter circa eandem rem & controverſiam obſervata ſunt, *l. 1. C. quæ ſit long. conſ.* & obſervata tenaciter, hoc eſt, perpetuo ſimiliter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam conſuetudinem duos actus ſufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis eſt opinio probata item a Gail. & Mynſ. *dd. loc.* ſed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cetera, quæ certo jure definita non ſunt, *arg. l. 1. §. ult. de jur. delib. l. 9. C. de bon. auct. jud. poſſ.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi ſup.* eleganter D. Diod. Tulden. *in comm. ad hunc tit. cap.* 4. Illud majoris partis conſenſu & recte receptum eſt, cum de conſuetudine probanda quæritur; neceſſe non eſſe probare, eam aliquando firmatam fuiſſe judicio contradictorio. Nam cum ea populi conſenſu inducatur, quid refert quod non etiam intervenerit res judicata? Quid ſi tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam apud judicem dubitatum ſit, an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in judicio contradictorio adprobatum? *l. imo magna* 36. *de legib.* Conſilii igitur eſt, non neceſſitatis, quod ſcribit Ulpianus in *l.* 34. *d. tit.* cum de conſuetudine quæritur, primum explorandum eſſe, an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata ſit. Conſilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis eſt probaturo conſuetudinem, ſcilicet ut paratas habeat eaſdem illas probationes, quibus conſuetudo tum probata eſt. Et ſecundum hanc opinionem in Camera judicatum teſtatur Gail. II. *obſ.* 31. *num.* 8. add. Mynſ. VI. *obſ.* 41. *num.* 15. Schneid. *hic num.* 6. Chriſt. *vol.* IV. *deciſ.* 187. *num.* 7. *& ſeqq.* ubi plures citat, qui hanc ſententiam defendunt, & communem aſſerunt. Ita quoque judicatum refert Radelant. *Traject. deciſ.* 3. *num.* 4.

5 *Legem imitantur)* Id eſt, vim & effectum legis habent. Itaque non hic ſolus conſuetudinis effectus eſt, quod jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat; ſed etiam quod latam antea legem abroget, *§. pen. inf. eod.* Eſt & alius item conſuetudinis effectus; in jure ſcripto nimirum interpretando. Nam ſi de interpretatione dubiæ alicujus legis quæratur, monemur in primis inſpiciendum eſſe, *quo jure civitas retro in hujuſmodi caſibus uſa ſit:* optimam enim legum interpretem eſſe conſuetudinem, *l. ſi de interpretatione* 37. *& l. ſeq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt, *l. minime* 23. *eod.*

6 Nos item in his regionibus aut ſcriptis legibus utimur, aut non ſcriptis. Leges ſcriptæ aut generales ſunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habent, aut ſpeciales, quæ ſunt propriæ alicujus loci, aut privilegia certis corporibus, collegiis, civitatibus, aut regionibus, itemque certæ alicui perſonæ aut pluribus unius generis, ut viduis, pupillis, pauperibus, &c. conceſſa. Generales leges ſoli ſanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea poteſtas, ſub nomine Comitum aut ſummorum magiſtratuum legitime delata eſt. Sed & ſine hac delatione, Præfecto Provinciæ una cum Præſide aliiſque Curiæ Provincialis Senatoribus jus eſt de quibuſdam cauſis leges ferre, nempe de iis, quæ ad uſum fori, morem judiciorum, ad lites tractandas, atque expediendas ad fruſtrationes & captiones ſcribarum, advocatorum, procuratorum, viatorum, &c. corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte cura reipub. jam ab initio mandata fuit, Merul. *lib.* 1. *tit.* 4. *c.* 3. add. Chriſtin. *vol.* II. *deciſ.* 51. *num.* 8. *& deciſ.* 65. *num.* 3. *&* 4. niſi hæc Curiæ decreta ſpeciales potius leges dicendæ cum D. Grot. 1. *manud.* 2. Speciales leges non tantum Ordines condunt, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis ſtatutis particularibus: verum etiam Prætores & Baillivi de ſententia magiſtratuum urbanorum legitime congregatorum in ſua quiſque civitate leges locales, quas *Keuren* appellamus condere poſſunt: item Baillivi cum potiſſimis agros colentium, (*Welgeboren mannen*) prætores pagani cum Scabinis in agris & pagis de rebus ad juriſdictionem ſuam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum ſtatutorum ab iis, qui ſummæ rei præſunt, acceperunt. Leges non ſcriptæ ſive mores aut inveteratæ Conſuetudines & ipſæ partim generales, qualis eſt communio bonorum inter conjuges; partim ſpeciales, quale eſt jus retractus, quod in Rhinlandia, Delflandia, Kennemerlandia & agro Voornano obſervatur, D. Merul. *d. lib. tit.* 4. *c.* 1. *& ſeqq.* Grot. *d. loc.* Quod ſi de re, de qua quæritur, nihil legibus aut moribus noſtris definitum eſt, jus commune, hoc eſt, Romanorum, ſequendum eſt, auctore D. Grot. *d. loc.* add. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 343. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. nov. c.* 13. *& lib.* III. *cap.* 13.

7 Et hactenus quidem explicatæ ſunt partes juris civilis a Juſtiniano propoſitæ. Sed an non plures poni debuerint, dubitari poteſt. Video enim, a nonnullis inter partes juris non ſcripti præter conſuetudinem, quæ ſola a Juſtiniano poſita eſt, numerari etiam res judicatas ſive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etſi rerum, præſertim ſæpius judicatarum, non vilis eſt auctoritas: vim tamen legis minime habent, nec jus inducunt, quod inter alios, ſimili aut ejuſdem generis controverſia mota, ſequi neceſſe ſit, *tit. C. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eoque pertinet, quod Imp. in *l. nemo* 13. *C. de ſent. & interl.* reſcribit, & vulgo dici ſolet; *Non exemplis, ſed legibus judicandum eſſe.* Chriſtin. *vol.* II. *deciſ.* 51. *num.* 5. *& ſeq.* Sed nec æquitas proprie dicta hujus juris pars eſt. Eſt quidem ἄγραφόν τι, quia ſcripta non eſt: ſed non eo ſenſu ita appellari poteſt, quo jus illud conſtituit ſpeciem juris civilis. Quod ut planius intelligatur, obſervandum eſt, nomen æquitatis dupliciter accipi; vel in genere pro æquo, quod cum omni jure conjunctum eſt, vel in ſpecie pro eo, quod eſt a jure civili diverſum: Generalis appellatio etiam jure civili convenit: nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua ineſſe creditur, nomenque juris

non mereatur, quod ab omni æquitate deſtitutum eſt. Atque hoc ſenſu Cicero in *Topic. c.* 2. jus civile definit *æquitatem conſtitutam iis, qui ſunt ejuſdem civitatis*. In ſpecie autem & proprie accepta æquitas juri opponitur, non ſcripto, ut male nonnulli, ſed ſtricto. Hæc Græcis *επιεικεια* dicitur, noſtris etiam æquum & bonum, humanitas, benignitas: & ab Ariſtotele v. *Eth.* 10. definitur *επανορθωμα του νομιμου δικαιου, juris legitimi correctio*. Cujus uſus elucet cum in verbis legis ex ſententia extendendis & ad caſus ſimiles producendis, ubi lex minus ſcripſit, plus voluit; tum in verbis reſtringendis, ubi ex ſententia conſtat plus ſcripſiſſe legislatorem, minus voluiſſe; maxime vero in benigna legum interpretatione, earumque ad ſingulas facti ſpecies accommodatione; tali tamen, quæ ab expreſſa & manifeſta legiſlatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l.* 10. *& ſeqq. de leg.* item *l.* 17. *& multa ſeqq. eod.* Atque hinc etiam peti poteſt conciliatio *l. placuit* 8. *C. de judic.* cum *l.* 1. *C. de leg. & leg. proſpexit* 12. §. 1. *qui & a quib. man.* Gudelin. v. *de jur. nov. c.* 2. Chriſtin. *vol.* II. *deciſ.* 62. *n.* 3. *& ſeq.* Non eſt ergo æquitas hæc ſpecies juris civilis, ſed quid a jure civili diverſum, conſiſtens magis in arbitrio boni viri & judicis, quam in parte aliqua juris conſtituti: unde & nonnunquam boni viri arbitratus, & religio judicis appellatur. Quamobrem recte Ariſtoteles *d. loc.* æquum & bonum comparat regulæ Lesbiæ; quippe cum indefinitarum rerum & norma indefinita eſſe debeat, æquo & bono ita utendum eſſe ait, ut fabri cæmentarii & ſtructores utuntur norma Lesbia, quæ cum plumbea ſit & flexibilis, eam ſtructuræ, cum uſus eſt, accommodant, nec ſemper ad normam exigunt ſtructuram; quod Guil. Budæus initio *annot. prior.* opulentius explicat. Ea, quæ de auctoritate communium opinionum hic diſputari ſolent, in medio relinquo. Unum dico, etſi non vile eſſe debet, quod plures ſentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurium ſententiis comprobatur: Clement. 1. *verſ. quod etiam de ſent. excom. l.* 1. *in pr. de off. quæſt.* non tamen uſque adeo valere debere, ut in manifeſto errore jus faciat, *arg. l.* 2. *C. quæ ſit long. conſ.* vid. Menoch. II. *præſumpt.* 71. *n.* 24. *& ibi citatos* D. Diod. Tulden. *hic c.* 7. late Oſw. Hill. *notat. in Don. lib.* XXVI. *c.* 2.

TEXTUS.

Ratio ſuperioris diviſionis.

10. *Et non ineleganter in duas ſpecies jus civile diſtributum eſſe videtur. Nam origo ejus ab inſtitutis duarum civitatum, Athenarum ſcilicet & Lacedæmoniorum, fluxiſſe videtur. In his enim civitatibus ita agi ſolitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ pro legibus obſervabant, memoriæ mandarent: Athenienſes vero ea, quæ in legibus ſcripta comprehendiſſent, cuſtodirent.*

NOTÆ.

10. *Non ineleganter*) Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachov. *Lacedæmonii*) Lacedæmonii ſcriptis legibus uſi non ſunt, atque una των καλυμενων ρητρων hæc erat, μη χρησθαι νομοις εγγραφοις, *ſcriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. p.* 47.

COMMENTARIUS.

1. *Error Triboniani notatus.*

Exactis regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & conſuetudine uti, quam lege lata: donec placeret publica auctoritate decem conſtitui viros, per quos peterentur leges a Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas miſſi, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, & aliarum civitatum Græcarum inſtituta, mores, juraque cognoſcerent, Pomp. *l.* 2. §. *exactis* 2. *de orig. jur.* Liv. *lib.* III. *cap.* 31. *ſeq.* Hæ leges in XII. tabulis poſtea deſcriptæ leges decemvirales & XII. tabb. ſunt appellatæ; fons omnis publici privatique juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perſpicuum eſt, jus ſcriptum ſive leges Romanorum originem ſuam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & inſigniter errare Tribonianum, qui jus ſcriptum Romanorum ab Athenienſibus, non ſcriptum a Lacedæmoniis arceſſit. Nam primum male confert leges non ſcriptas Lacedæmoniorum cum jure non ſcripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo ſenſu jus non ſcriptum hic accipi conſtat, & ſcripto, hoc eſt, legibus latis opponi: ſed leges proprie dictæ & expreſſim ſancitæ: quamvis eas non ſcribi, ſed in memoria conſervari voluerit legislator eorum Lycurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici poſſunt originem dediſſe juri non ſcripto Romanorum, non magis quam mores Athenienſium aut aliarum Græciæ civitatum, unde legati Romam miſſi leges petierunt. Nam non minus mores, quam leges horum populorum, deſcripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis, lege decemvirali perlatæ, partem juris ſcripti Romanorum conſtituerunt. VINN. Sed vereor, ne perperam dica ſcribatur Triboniano, ac ſi Romanos jus non ſcriptum a Lacedæmoniis; ſcriptum ab Athenienſibus accepiſſe ſtatuat. Diſtinctionis potius νομων εγγραφων & αγραφων originem ab his civitatibus derivat. Et ſane Lacedæmonii jure non ſcripto uſi ſunt, teſte Plutarcho in *Lyc. p.* 47. quamvis alio ſenſu, ac Romani. *Ejus* ergo in hoc §. uſurpatur pro *ejus rei*, nec ad τo jus civile referendum. HEIN.

TEXTUS.

Diviſio juris in immutabile & mutabile.

11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipſa ſibi quæque civitas conſtituit, ſæpe mutari ſolent, vel tacito conſenſu populi, vel alia poſtea lege lata.*

No-

NOTÆ.

11. *Divinæ providentia*) Quorum Deus inventor, diſceptator, lator, ut loquitur Cicero. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non ſecundarium, quod uſu exigente inventum.

Immutabilia) Jus naturale ſemper & ubique juſtum eſt, & fuit: unde nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt, nec quod jubetur, vetari. Grot. 1. *manuduct.* 2. addi tamen ei aliquid poteſt, aut detrahi, *l. 6. D. de juſt. & jur.*

Tacito conſenſu) Non tantum novum jus longo uſu introduci poteſt, ſed id etiam, quod ante lege aliqua conſtitutum erat, contrario uſu abrogari, *l. 32. D. de legib.*

Alia poſtea lege lata) Nam poſteriores leges ſemper potiores ſunt prioribus, *l. ult. D. de conſtit. Princ.* Harm. *lib.* 1. *tit.* 1. Varro *lib.* VIII. *de lingua*; *An non ſæpe veteres leges abrogatæ novis cedunt?*

COMMENTARIUS.

1. *Jus naturale, ſeu jus gentium primævum immutabile eſſe, non item jus gentium ſecundarium, niſi proportionaliter.*
2. *Immutabilitatem illam præcipue apparere in notionibus divinitus animis hominum impreſſis, quod exemplis declaratur.*
3. *Leges civiles etiam conſuetudine contraria abrogari poſſe.*
4. *Expediatne leges aliquando mutari?*

EXpoſito jure tum naturali, tum civili, obſervataque utriuſque differentia in cauſis efficientibus, non incommode hoc loco ſubjicitur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

Quaſi divina providentia conſtituta] Hoc eſt, quæ ab incorrupta ratione, a ſimplici illa notitia mentibus noſtris divinitus impreſſa promanant. Jus quod nobiſcum natum eſt, non ab hominibus excogitatum; cujus Deus eſt inventor, diſceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib.* III. *de repub.* Apud Xenophontem *lib.* IV. *memorab.* hujuſmodi jura Θεου νομοι dicuntur.

1 De jure igitur gentium primario, id eſt, eo, quod ſimpliciter naturale eſt, hæc accipienda ſunt, non de ſecundario, quod uſu exigente inventum. Nam diligenter diſtinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo ſtatu duntaxat naturalia ſunt; jura multis populis ſeorſim communia ab his, quæ ſocietatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, ſed permittit tantum, communi conſenſu prohiberi poſſunt, uti factum circa omnia fere αδιαφορα, de quo ſuo loco diſſeremus uberius. Sane etiam jus gentium ſecundarium αναλογως immutabile dici poteſt; utique multo difficilius tollitur, quam jus civile.

Immutabilia) Jus naturale ſemper & ubique juſtum eſt & fuit; nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc eſt, aliud poſthac erit; nam ut recta ratio inſita a natura & diffuſa in omnes conſtans eſt & ſempiterna, ita & quod ea præſcribit, ſemper atque ex ſe juſtum eſt atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt, nec quod jubetur, vetari, ut recte Grot. 1. *manud.* 2. & convenienter ei, quod ſcribit Juriſconſult. in *l. 6. de juſt. & jur.* jus civile *in totum a jure naturæ recedere non debere*. Nec eſt contrarium, quod Juriſconſult. addit, jus civile *non per omnia juri naturali ſervire, ſed plerumque ei addere aliquid aut detrahere.* Nam illa addi- 2
tio aut detractio nihil aliud eſt, quam generalium juris naturæ præceptorum ad uſum moreſque civium & formam reip. ſpecialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diverſimode fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodammodo videantur; immutabile tamen permanet το αυτοδικαιον, quod per ſe atque ex ſui natura juſtum eſt, vimque ſuam perpetuo retinent in obligandis conſcientiis anticipatæ in animis noſtris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc conſtantia atque immutabilitas præcipue elucet. Covarr. *de matr. p. 2. c. 6. §. 9. n. 7.* belle Michael Epheſ. *ad* V. *Ethic.* Albert. Bolong. *c. 16. de lege, jure & æquit. §. 16.* Exemplis res fiat illuſtrior. Lex naturæ ita præſcribit; *Deum colito*; *Liberi poteſtati patris ſubjecti ſunto*; *Pacta conventa ſervato*. Hæc ſunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari poſſunt. Tantum in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet propter varietatem conſtitutionum civilium: ut ſcilicet hoc vel illo ritu externo adhibito, Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in ſervos, poteſtas ſit, & quodcunque per filium acquiritur, id acquiratur patri, vel ut jus tantum pater habeat filium modice & ſine acerbitate caſtigandi, & contumacem expellendi domo: ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant veſtita, ut vulgo loquuntur. Ait Juſtinianus, nihil tam conveniens eſſe æquitati naturali, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *§. per traditionem* 40. *inſ. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox pœnitere poſſet, modum huic rei in donatione præſcripſit, eamque donationem, quæ quingentos ſolidos excederet, non aliter ratam eſſe voluit, quam ſi actis ſit inſinuata, *§. 2. inſt. de donat.* Hoc, inquam, facto non mutatur jus naturale, ſed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo legiſlatores omnes ſpectant, tametſi non idem ſemper conſtituant) aliquid ei adjicitur, aut ſi mavis, detrahitur, reſpectu ſcilicet præcepti generalis. Atque hoc eſt, quod DD. noſtri ajunt, jus naturale *modificari, declarari, & proviſionibus adjuvari poſſe*: ſic enim loqui amant Jo. Fab. Auguſt. & alii *ad hunc §.* Sexcenta ejuſdem generis exempla afferri poſſent: [occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis,] ſed hæc pauca e multis retuliſſe, puto rei declarandæ ſufficere. Illud etiam ſciendum eſt, eſſe quoſdam quaſi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnunquam uſu venire, ut inter ſe hæc concurrant & invicem obſtent, verbi cauſa; Lex naturalis eſt: *Non occides.* Eſt & altera ejuſdem generis, ſed momentoſior, quæ ſui defendendi cauſa permittit aggreſſorem occidere. In

hoc conſenſu lex inferior ſuperiori cedat neceſſe eſt. Weſemb. *par. de juſt. & jur. n.* 15.

3 *Tacito conſenſu*) Quamobrem non tantum jus novum longo uſu introduci poteſt, ſed etiam id, quod ante lege aliqua conſtitutum erat, contrario uſu abrogari. Atque hoc omnino conſequens eſt rationi Juliani, qui in *l. de quibus* 32. *de legib.* nihil intereſſe ſcribit, ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod ſupra diximus, ceſſante jure ſuffragii non tantum ceſſare jus populi in lege palam ferenda; verum etiam in conſuetudine, contra jus a ſuperiore conſtitutum introducenda, quoniam ejus ſolius eſt legem tollere, cujus eſt & condere. Ita cape *l.* 2. C. *quæ ſit long. conſ.* aut de conſuetudine alicujus municipii, *fac. l.* 3. §. *Divus* 5. *ff. de ſepulch. viol.*

4 *Alia lege lata*) Expediatne leges mutare aut quando expediat, politicæ diſquiſitionis eſt: cujus tamen quæſtionis deciſionem ſuggerit Ulp. in *l.* 2. *de conſt. princ. In rebus*, inquit, *novis conſtituendis evidens eſſe utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum viſum eſt.* Eaque conſentiens eſt politicorum omnium ſententia. Plato *lib.* VII. *de legib.* Ariſtot. II. *pol.* 6. *in fine* Bodin. IV. *de rep.* 3. Lipſ. IV. *pol.* 9. Connan. I. *comm.* 2.

TEXTUS.

De Objectis Juris.

12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de perſonis videamus: nam parum eſt jus noſſe, ſi perſonæ, quarum cauſa conſtitutum eſt, ignorentur.*

NOTÆ.

12. *Vel ad perſonas, &c.*] Diſtributio ex objectis ad finem juris obtinendum accommodata. ex *l.* 1. *D. de ſtat. hom.* Omne jus redditur perſonis de rebus per actiones & judicia. M.W.

COMMENTARIUS.

HOc §. tranſitus fit a jure conſtituente ad jus conſtitutum, & methodica quædam via, pro materiæ diverſitate, circa quam illud verſatur, ad hujus cognitionem ſternitur, præeunte Cajo *in l.* 1. *de ſtat. hom.*

Vel ad perſonas, &c.) Diſtributio ex objectis ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris quod jam ſæpe diximus, eſt ſuum cuique tribuere. Ut autem hunc finem conſequamur, neceſſe eſt primum ſcire, quid ſit ſuum cujuſque: deinde qua ratione, ſi id ultro non præſtetur ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujuſque eſt, vel ex perſona ſumitur, vel ex rebus: ſed ex jure, quod quiſque vel conditione & ſtatu perſonæ ſuæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione perſonæ multum inter ſe homines differunt; alii enim liberi ſunt, alii ſervi; liberorum alii ingenui, alii libertini: alii patresfam. alii filiif. patrumf. alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. Ac pro diverſis hujuſmodi qualitatibus diverſo quoque jure in civitate cenſentur; quod quia ſtatum ac conditionem perſonæ ſequitur, jus perſonarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro diſputabitur. In rebus externis quod cujuſque eſt, id aut eſt jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut perſonale duntaxat, uno nomine obligatio ſive creditum. Illud D. Grotio eſt *Beheering*, hoc *Inſchuldt.* I. *manuduct. c.* I. *&* 2, *c.* I. *circa fin.* Nimirum ergo huc pertinent non tantum modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res ſingulas aut per univerſitatem: ſed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium amittendorum aut infirmandorum, ac diſtrahendorum rationes; agiturque de hoc jure *lib.* II. III. & parte *quarti* uſque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriuſque juris ratio eſt in actionibus, hoc eſt, juris noſtri perſecutionibus, ſive id fiat in judicio, ſive extra judicium auctoritate magiſtratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM.

Conc. tit. 5. *lib.* I. *D.*

Continuatio. Quid hic perſona? quid ſtatus, & jus perſonæ?

IN calce præcedentis tit. propoſita fuit ſeries & diſpoſitio ſummarum partium, quæ deinceps hoc libro & ſequentibus ſingulatim tractantur. Initium fit a perſonis, quarum cauſa cetera conſtituta ſunt. In Pand. titulus ejuſdem plane argumenti inſcribitur *de ſtatu hominum*. Unde intelligimus perſonam hic non qualitatem civis, ſed hominis deſignare, aut potius hominem ſimpliciter; eamque appellationem tam ſervo competere, quam homini libero: ſicut & in jure paſſim etiam ſervo tribuitur. *l.* 3. *pr. ne quis eum qui in jus voc. l. poteſtatis* 215. *de verb. ſign. l.* 22. *de reg. jur.* Item jus perſonæ hic eſſe, quod ſtatum & conditionem perſonæ ſequitur: nam ſtatus ipſe eſt perſonæ conditio, aut qualitas, quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur; ut eſſe liberum, eſſe ſervum, eſſe ingenuum, eſſe libertinum, eſſe alieni, eſſe ſui juris. Itaque ſtatus rationem cauſæ, jus effecti habet. VINN.

Ju-

Jure veteri diſcrimen erat inter hominem & perſonam. *Homo* dicitur, cuicunque contigit in corpore humano mens humana. Et ſic ſola monſtra negantur eſſe homines *l.* 14. *ff. de ſtatu hom.* Aſt *perſona* eſt homo, ſtatu quodam veluti indutus. *Status* vel *naturalis eſt*, vel *civilis*. Quod ad naturalem, ſervus perſona dicebatur: (uti in legibus ab auctore allegatis, & *princ. h. t.*) non quod ad civilem. Quia enim nec libertatis, nec civitatis, nec familiæ particeps erat ſervus, hinc *res mancipi*, Ulp. *Fragm. tit.* 19. §. 1. ἀπρόσωπος Harmenop. *lib.* VII. *tit.* 6. immo *nullus l.* 32. *ff. de R. J. ſine capite* §. 4. *Inſt. de cap. dem.* denique *mortuus l.* 209. *ff. de R. J.* habebatur. Hein.

Textus.

Prima diviſio perſonarum.

Summa itaque diviſio de jure perſonarum hæc eſt: quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.

Notæ.

Jure perſonarum) In *rubr. de ſtatu hominum.* ſtatus rationem cauſæ, jus effecti habet: ſtatus eſt ipſa perſonæ conditio, jus, quod hanc conditionem ſequitur.

Summa diviſio) Id eſt, prima & principalis, vel generaliſſima, πρώτη καὶ ἀκροτάτη. 46. *Baſil. tit.* 1.

Liberi aut ſervi) *Ex l.* 3. *D. eod.* Adſcriptitios, de quibus *lib.* 11. *C.* alii in liberorum, alii in ſervorum, numero ponunt.

Commentarius.

1. *Adſcriptitii cujus conditionis habendi*, & *num.* 3.
2. *Servi diverſo reſpectu ad primum & ſecundum juris objectum pertinent.*

Summa) Id eſt, prima & principalis, vel etiam ge-
1 neraliſſima; nam reliquæ ſunt ſecundariæ aut ſpeciales. De agricolis & adſcriptitiis quæri ſolet, quibus comparandi. Et quod in re non diſſimili reſpondet Ulp. *in l.* 10. *h. t.* etiam his reſponderi poteſt, ejus conditionis æſtimandos eſſe, quæ in eis prævalet. Non enim una agricolarum coloniis addictorum conditio fuit. Quidam eorum cenſiti erant, quidam non cenſiti: hi coloni, illi fere adſcriptitii dicebantur. Adſcriptitii quaſi ſervi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæſtini, Thracenſes, Illyricani, de quibus proprii *tit. lib.* XI. C. Adſcriptitii tributarii erant, id eſt, capitis cenſum ſive capitationem præſtabant: coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro ſolo dominio terræ ſolvebant. Conſule Cujac. *ad tit. C. de agric. & cenſ.* Greg. Tholoſ. XXV. *ſynt.* 10. & omnino Chriſtin. *vol.* V. *deciſ.* 86. & *ſeq.*

Servi) Videmus igitur & hic in *l.* 3. *eod.* unde hæc ſumpta, non ſolum liberos, ſed etiam ſervos ad primum juris objectum referri, videlicet ad perſonas.
2 Atqui ſervi non minus in dominio noſtro & in commercio ſunt, quam reliqua, quæ in bonis habemus, adeoque quadrupedibus eos exæquat Cajus in *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* Unde effici videtur, ut ſervi non ad perſonas, ſed ad res referri debeant, non ad primum, ſed ad ſecundum juris objectum. Sed nimirum duplex eſt ſervi conſideratio, qua res, quæ in commercio eſt, ut & reliquæ res noſtræ; & qua perſona quatenus puta cognatus dicitur, *l.* 14. §. 2. & *ſeq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri, hæres inſtitui, &c. contrahere & dominium de peculio obligare, ipſe iterum naturaliter obligari & alios ſibi obligare poteſt, *l.* 14. *ff. de oblig. & act.* Prout igitur conſideratur, ita vel ad primum vel ad ſecundum objectum pertinet. Vinn. Recte. Prout ſervo, tanquam homini, ſtatus vel naturalis tribuitur vel civilis: & poteſt, & non poteſt perſona vocari, & vel ad primum, vel ſecundum juris objectum referri. Vide ſupra *Not. ad rubr. h. t.* & conf. *l.* 32. *ff. de Reg. jur.* Hein.

In hiſce & plerisque aliis Chriſtiani orbis provinciis 3
quamvis nulli amplius ſervi ſint; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adſcriptitiæ, ſive ruſticani glebæ addicti & quaſi proprii illius loci, cui adſcripti ſunt; ut in Hannonia, teſte D. Gudelino, 1. *de jur. nov.* 5. in Burgundia & multis partibus Galliæ. Hi enim ſunt, quos vocant *Gens de main-morte, homines manus mortua*, de quibus Chaſſ. *ad. conſuet. Burg. rubr.* 9. §. 17. Germania quoque ejuſdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis magis ſimiles eſſe, quam mancipiis ſcribit D. Viglius ad §. *ſed cum aliquis.* 7. *inſ. de teſt. ord.* Chriſtin. Latinis colonis eos comparat. *d. deciſ.* 86. *n.* 18. Sed vide Zaſ. *lib.* 1. *ſing. reſp. c.* 3. *num.* 75. & *ſeqq.* & *lib.* 11. *c.* 7. *n.* 8. Gail. *de pignorat. cap.* 8. Vinn. Immo homines proprii Germanorum ſunt vere ſervi, quamvis non conditionis Romanæ, ſed Germanicæ, id eſt tales, quales jam olim in Germania deprehendit Tacitus *de Mor. Germ. cap.* 25. Glebæ vel prædio adſcripti cum poſteris, debent cenſum, operas, maritagium, mortuarium vel præcipuum ex hæreditate. Coerceri poſſunt a Dominis, ſed non occidi. Nec omnia Dominis adquirunt, ſed ea, quæ diximus. Cetera liberi, & jure connubii, & commerciorum & ipſius teſtamenti factionis gaudent. Vid. Potgieſſ. *de ſtatu & condit. ſerv. in Germ.* Cel. Thomaſ. & Hert. *de hominibus propr.* Hein.

Textus.

Definitio libertatis.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) eſt naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi aut jure prohibetur.*

Notæ.

1. *Facere libet*) Effectus libertatis eſt, facere quodlibet, eſt enim poteſtas vivendi, ut velis. Cic. *in Paradox.* Ariſtot. 1. polit. 9. Zeno apud Laert. breviter. ἐξουσία αὐτοπραγίας, *poteſtas pro jure ſuo agendi.*

Niſi ſi quid vi) Finge nos vinciri, uſu rerum noſtrarum prohiberi, &c. hanc facultatem quidem faciendam

ciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Jure) Ου γαρ ἐςι δυλεια το ζην προς την πολιτειαν. Ariſt. 1. *pol.* 9. *Legum idcirco omnes ſervi ſumus, ut liberi eſſe poſſimus*. Cic. *pro Cluent. cap.* 53. Indicat hanc exceptionem illud Perſianum: *Sat.* 5. *Excepto ſi quid Maſuri rubrica notavit.*

COMMENTARIUS.

EX *qua etiam liberi*] Non ex vocabulo, ſed ex re ipſa, quæ vocabulo deſignatur. Effectum a cauſa; concretum ab abſtracto. Auctor hujus definitionis eſt Florent. *in l.* 4. *hoc tit.*

Cuique facere libet) Differentia ab effectu ſumpta. Effectus libertatis eſt, facere quod libet: eſt enim *poteſtas vivendi, ut velis*, teſte Cicerone in *Paradox.* 5. *cap.* 1. & 1. *off. cap.* 21. *n.* 3. a Zenone apud Laert. breviter definitur ἐξυσια αυτοπραγιας, poteſtas pro jure ſuo agendi. Ceterum quia hæc poteſtas partim vi impediri poteſt, partim legibus circumſcripta eſt, additur exceptio, *niſi quid vi aut jure*, &c. qua exceptione ſignificatur, duabus rebus quo minus faciamus, quod lubet, nos impediri, vi & jure; neque tamen eo minus liberos eſſe. Finge igitur nos uſu rerum noſtrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus ſua cuique conſtat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos poſſe credendum eſt, ut præclare noſter Papinian. *l. filius* 15. *de cond. inſt.* Et divine M. Tullius *in Cluentiana cap.* 53. *Legum*, inquit, *idcirco omnes ſervi ſumus, ut liberi eſſe poſſimus*; cui ſimile illud Ariſt. 1. *pol.* 9. Ου γαρ ἐςι δυλεια το ζην προς την πολιτειαν. Nimirum legis imperium non eſt δεσποτικον, ſed πολιτικον. Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præſtanda, ut omnibus libertas ſit incolumis, non pugnat cum libertate, ſed eam tuetur; quamvis coerceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur, ut bene D. Weſemb. *hic* & D. Tulden. *c.* 2. VINN. Eſt & hæc definitio vere ſtoica. Vid. Perſ. *ſat.* 5. *v.* 88. & quæ ibi notavit Caſaubonus. Arrian. *Diſſ. Epictet. lib.* 11. *cap.* 1. Ita vero explicata, non eſt cur a quibuſdam, Accurſium ſequutis, reprehendatur. Vetus enim & proba eſt, uti oſtendit Maran. in *Paratitl. ad tit. ff. de ſtatu hom.* HEIN.

TEXTUS.

Definitio ſervitutis.

2. *Servitus autem eſt conſtitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur.*

NOTÆ.

2. *Conſtitutio*) Id eſt res jure gentium conſtituta cauſa pro effectu. Sic theſaurus dicitur depoſitio pecuniæ *l.* 31. §. 1. *D. de acq. rer. dom.* pro pecunia depoſita.

Dominio alieno) Unde Zenoni apud Laert. ſervitus definitur στερησις αυτοπραγιας.

Contra naturam) Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura, *l.* 4. *D. de juſt. & jur. l.* 32. *de reg. jur.* φυσει γαρ υδεις δυλος εγενετο ποτε. Philoſtr. Liberos & ſervos a natura procreari diſputat Ariſtot. 1. *pol.* 3. & 4. ſed alio ſenſu; nempe ingenio ſtupidos, & corpore robuſtos a natura productos videri ad ſerviendum iis, qui ingenio valent, miniſterio ſcilicet œconomico. D. Heinſ. *in Epiſt. ad Georg. Richt.*

COMMENTARIUS.

CONſtitutio juris gentium) Cauſa pro effectu; res jure gentium conſtituta, non ordinatio aut pars conſtituens. Tropus in hujuſmodi verbalibus non inuſitatus; ſic enim & theſaurus dicitur depoſitio pecuniæ, *l. nunquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* pro pecunia depoſita; apud Laertium a Zenone definitur ſervitus, στερησις αυτοπραγιας.

Contra naturam] Hoc eſt, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura. Nam ſervi natura, id eſt circa factum humanum, aut primævo naturæ ſtatu nulli ſunt, *l.* 4. *de juſt. & jur. d. l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* quamquam juſtitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto ſervum fieri. Quod vero Ariſtoteles *lib.* 1. *pol. c.* 3. & 4. ſcribit, ſervos quoſdam naſci & natura eſſe, eo nihil aliud ſignificat, quam quoſdam, nempe ingenio tardos ac ſtupidos, corpore autem robuſtos, in hunc finem a natura productos videri, ut aliis, qui ingenio & ratione valent, ſerviant, ſubjectione ſcilicet œconomica, ad miniſteria domeſtica explicanda; qua de re copioſe & acute diſſerit Clariſſ. Heinſius *in epiſt. ad Georg. Richterum*.

TEXTUS.

Servi & mancipii Etymologia.

3. *Servi autem ex eo appellati ſunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent; qui etiam mancipia dicti ſunt, eo quod ab hoſtibus manu capiantur.*

COMMENTARIUS.

1. *Captos jure belli quovis tempore occidi poſſe: non tamen ſalva interna juſtitia.*
2. *Sigonius & Bachovius notati.*
3. *Jura de captivis a gentibus introducta, ut captores libentius abſtinerent a ſummo jure, quo captos interficere poterant.*
4. *Captivitatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc ſervari: inter Chriſtianos autem morem eſſe, ut captos liceat redimere.*
5. *In his regionibus ſervos adeo nullos agnoſci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

Ex

Ex eo appellati) Eadem ratio nominis redditur a Florent. *l.4.* §.2. *hoc tit.* Pompon. *l. pupillus* 239. §. 1. *de verb. ſign.* Auguſtin. 19. *de civ. Dei.* 15. Notat hinc Alciat. in *d.l.* 239. *de verb. ſign.* eumque ſecuti Mynſ. & Schneid. *hic* non licere hoſtem, poſtquam captus eſt, ſeque dedidit, occidere, ſed tantum arma adhuc tenentem, neque ſe volentem dedere. In dedititium autem ſævire nefas eſſe, neque id bonos Imperatores unquam permiſiſſe; quamvis plerique ſtatuant, etiam poſtquam captus eſt, ſeſeque dedidit, hoſtem jure occidi poſſe, donec intra præſidia noſtra deductus ſit: quia alioqui multa adhuc accidere poſſunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum* 55. *de acq.*
1 *rer. dom.* Accuratius autem hac de re diſputat D.Grot. *lib.*III. *de jur. bell. c.*4. ubi multis adductis auctoritatibus oſtendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore: licere & eos, qui ſe dedere volunt, nec recipiuntur; imo & deditos ſine ulla conditione. Cum autem ſcriptores dicunt, id belli jure licitum eſſe, non intelligit tale jus, quod actum omni culpa liberet, ſed facti impunitatem, ut ſi forte qui ſupplicem aut ſe ultro dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non poſſit, nec bellum ipſi ab alio talis facti nomine inferri. Ceterum etſi impune id fiat, laudabile tamen natura non eſſe, actumque hujuſmodi carere interna juſtitia, quoniam excedit modum lædendi naturaliter conceſſum: ideoque nec in foro animæ excuſatum eſſe. Hinc Auguſtinum merito laudare Gothos, quod ſupplicibus & in templa perfugientibus pepercìſſent, *illicitum ſibi eſſe judicantes quod belli jure fieri licuiſſet lib.*1.*de civ. Dei cap.*2. De illo inter omnes convenit eos, qui vitam ſalvam pacti, ſive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos, adi eund. Grot. *d.lib.*III. *cap.*11.& 14. nonnulla etiam habet D.Tulden. *comm. ad Inſt. tit de his, qui ſui, vel al. jur. c.*3.

2 *Imperatores*) Non intelligit Principes Romanos, ſed ςρατηγυς, belli duces, των πολεμων ἡγεμονας, ut recte vertit Theoph. Quod hic ex Sigonio notat Bachovius. Imperatores dictos ab imperio militari, hoc eſt, jure belli gerendi, verum quidem eſt: Ceterum quod ex eodem Sigonio adjicit, hoc imperium militare magiſtratui ſeorſum lege Curiata dari ſolitum, falſum eſt. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis magiſtratibus neceſſaria erat, non ad aliquod adventititium rei militaris imperium obtinendum, ſed ad confirmationem ſui magiſtratus, ut religio auſpiciorum, quæ proprie & præcipue in Curiarum ſuffragiis inerat, retineretur; quod vel ex una *orat.*2. *in Rull.* intelligi poteſt, vid. Gruch. *lib.*III. *de comit. & in refut. poſt. diſp.* Car. Sigon. ubi multis teſtimoniis ex antiquitate petitis oſtendit, conſules & prætores poteſtatem adminiſtrandæ rei militaris jure ſui magiſtratus habuiſſe. Vinn. Ita Vinnius noſter Gruchium equitur, ſecundum quem contra Sigonium a frequente eruditorum ſenatu datum eſt. Legi de hac Sigonii & Grucchii lite meretur V. C. Græv. *præfat. Theſauri Antiqu. Rom. Tom.* 1. Hein.

3 *Vendere ac per hoc ſervare ſolent*) Non quod hoc facere quaſi ex pactione captores cogerentur; ſed quia hoc ſuadebant commoda, quæ captivos ſervantem gentium item jure ſequebantur: nempe δια την ἐλπιδα της πρασεως ut eſt in *Baſilic.* quo pertinet illud Horatii. *lib.* 1. *Epiſt.* 16.

Vendere cum poſſis captivum, occidere noli.

Ceterum, ut ait Seneca in *Troad. v.*333.

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit.

Et centurio Cæſarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. cap.* 45. *Tibi*, inquit, *gratias ago, quod mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris.* Similiter Cæſar Hæduis ſignificat, ſuo beneficio ſervatos quos *jure belli* interficere potuiſſet, *lib.*7.*comm. cap.*41. Plura ejuſmodi reperies apud D.Grot. *d.lib.*III. *cap.* 4. vid. tamen eundem *d. lib.*III. *c.*11. & 14. ubi docet, quid hic victori liceat ſecundum juſtitiam internam. Non fruſtra autem jura iſta in captivos ſervatos a gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi poteſt, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in ſervitutem redigi non poterant, *l. ſi quis* 21. §. 1. *de capt. & poſtlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib.* 1. *hiſt. cap.*44.

Manu capiantur) Hæc notatio ſi vera eſt, dicendum erit, hoc nomen ad res ceteras translatum eſſe. Nam mancipium teſte Iſidoro VIII. *orig.*4. veteribus dicebatur, quicquid manu capi ſubdique poteſt, ut homo, equus, ovis: adeoque omne quod per æs & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teſte Varrone *in fin. lib.*VI de *ling.* Poſtea receptum, ut & prædia inter res mancipi referrentur. Ulp. *tit.*19. Vinn. Mancipari veteri jure rerum mobilium non plus poterat, quam manu capi poſſet, Ulpian. *Fragm. tit.*XIX. §.6. Revera ergo & *mancipium* & *res mancipi*, & *mancipatio* nomen inde acceperunt, quod dominium adquireretur earum rerum, quæ manu capiebantur. Hein.

In Luſitania aliiſque Hiſpaniæ partibus, & nonnullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicinæ 4
ſunt, vetera captivitatis & belli jura adverſus Mahumetiſtas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Chriſtianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos eſt captos ſervos permanere, etiamſi religionem Mahumetis ejuraverint, eo quod ſervum eſſe non adverſetur legi Divinæ, 1 *ad Corinth.*VII.21. *Deuteronom.c.*XV. *Exod.c* XXI.*Levit.cap.*XXV.ubi de formis ſervitutis apud Hebræos, add. Bodin. 1. *de repub. c* 5. Connan.II. *com.*1. *circa fin.* Inter Chriſtianos autem jus iſtud gentium de captivis non obſervatur, apud quos licet res aliæ ex hoſtibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti ſervi capientium non fiunt, nec vendi poſſunt, aut ad operas urgeri, aliave patienda, quæ ſervorum ſunt. Quippe Chriſtianos lex caritatis rectius inſtituere debuit: quam ut a miſeris hominibus interficiendis abduci nequirent, niſi minoris ſævitiæ conceſſione. Atque hoc a majoribus ad poſteros pridem tranſiſſe ſcripſit Gregoras, nec eorum fuiſſe proprium, qui ſub Romano imperio viverent, ſed commune cum Theſſalis, Illyriis, Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Chriſtiani, item & Mahumetiſtæ inter ſe ſervant. Manſit tamen etiam inter Chriſtianos mos captos cuſtodiendi, donec pretio redimantur, cujus æſtimatio in arbitrio victoris eſt, niſi certi aliquid convenerit: nam pactum ſemel pro redemptione pretium victor augere non poteſt. Guid. Pap.

Pap. *quæſt.* 113. Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quam deducto, ne egeat captus rebus neceſſariis: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menſtruo ſtipendio. Jus autem captos ſervandi ſolet concedi ſingulis, qui ceperunt, extra perſonas eximiæ dignitatis: in has enim reipub. aut ejus capiti jus dant pleraumque gentium mores, teſtib. Bart. & Bald. *in l. nam & Servius*
5 21. *de neg. geſt.* Boer. *deciſ.* 178. Grot. *lib.* II. *de jur. bell. c.* 7. *n.* 9. Porro in hiſce regionibus ſervos plane nullos habemus aut agnoſcimus, adeo ut judicatum ſit a ſummo Conſilio, quod eſt Mechliniæ, etiam eos ſervos, qui in Hiſpania empti cum dominis ſuis in has partes veniunt, in libertatem proclamari poſſe, liberoſque fieri, ſive libertatem iis, quamdiu hic ſunt, juriſdictione defendi. In Gallia quoque ſervos, licet peregrinorum, ut primum regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum oſtendunt. vid. Bodin. 1. *de rep.* 5. Lud. Charond. *ès Pandect. du droit. Franc. lib.* II. *cap.* 2. Gudelin. I. *de jur. nov.* 4. Franciſc. Zypæum *lib.* III. *c.* 2. *num.* 11. *& ſeq.* Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 80. *num.* 2. *& ſeqq.* Groenew. *de ll. abr. ad h. t.* Vinn. Itaque in Belgio & Gallia & ſervi ipſo jure liberi fiunt, eo adventantes. Aſt in Germania non ſolum, Dominis conceditur, ut poſſint homines proprios vindicare, etſi eo profugerint, ubi illa ſervitus non ſit recepta: (vid. Dan. Mevii *Conſil. jurid. de ſtatu & vindicatione hominum propr.*) verum etiam quibuſdam locis ipſo jure fiunt ſervi, quicunque peregrini eo adveniunt, commorandi & habitandi cauſſa, veluti in Algonia, ubi ideo ſæpe auditur paroemia: *Die Lufft macht eigen*, id eſt *ipſe aer homines proprios facit.* Hert. *de homin. propr. ſect.* 3. §. 3. Tale & olim fuit jus Wildfangiatus in Palatinatu electorali, & provinciis vicinis, de quo Londorp. *Act. Publ. continuat. lib.* X. *p.* 126. Hein.

Textus.

Quibus modis ſervi conſtituuntur.

4. ***Servi autem aut naſcuntur, aut fiunt, naſcuntur ex ancillis noſtris: fiunt aut jure gentium, id eſt, ex captivitate; aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum ſeſe venundari paſſus eſt.***

Notæ.

4. *Naſcuntur ex ancillis*) Ex Marcian. *l.* 5. §. 1. *eod.* Hi vernæ prudentibus dicuntur, de quo nomine vid. Feſt. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati ſervi ſunt, quo ſata cedunt ſolo; mater enim ſolo comparatur, vis patris ſato. Cujac.

Jure civili) Etſi ſervitus ex jure gentium originem habet, ſunt tamen modi quidam conſtituendæ ſervitutis etiam jure civili inventi, unus hic exprimitur, alios reperies apud Accurſ. & Hotom.

Commentarius.

1. *Cur ad natos ex ſervo ventre dominium porrectum.*
2. *Quibus modis jure civili ſervi fiebant.*
3. *Si quis ſpontanea ſubjectione ſe in ſervitutem det.*

Ex *ancillis noſtris*) Non ipſi tantum, qui capiuntur, 1
ſervi fiunt; ſed & poſteri in perpetuum: nempe qui ex matre ſerva naſcuntur. Et hoc eſt, quod Martianus dicit jure gentium ſervos noſtros fieri, qui ex ancillis noſtris naſcuntur, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi, quia alioqui ſi ſummo jure captores uterentur, illi ipſi naſcituri non erant. Cui conſequens eſt, ut nati ante calamitatem, niſi & ipſi capiantur, ſervi non fiant. Ideo autem natos maternæ eſſe conditionis gentibus placuit, quia ſerviles concubitus nec lege, nec certa cuſtodia erant conſtricti, ita ut nulla ſufficiens præſumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud; *Lex naturæ hac eſt, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio matrem ſequatur, l. lex natura* 24. *hoc tit.* id eſt, lex conſuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quomodo juris naturalis vox abuſione quadam interdum ſumitur. Vinn. Sed propius ſervitutem vernarum deduxeris e jure acceſſionis. Servi ex perſonis fiebant res mancipi; vid. ſupra *ad rubr.* Cujus eſt res, ejus & acceſſio. Et quidem partus ſequebatur ventrem, uti in foetura animalium. Hein.

Jure civili) Etſi ſervitus eſt ex jure gentium: ſunt 2
tamen nonnulli modi ſervitutis conſtituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur: ſed plures fuiſſe conſtat: Huc enim pertinent, qui ſervi pœnæ efficiebantur atrocitate ſententiæ, quorum crebra in libris noſtris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in ſervitutem traduntur, §. 1. *inf. de cap. demin.* haud ſecus ac ingrati liberi revocantur in poteſtatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat & ex SCto Claudiano alius libertatis amittendæ modus, ſi libera mulier domino denuntiante ſe ſervo alieno junxiſſet, de quo *inf. lib.* III. *tit.* 13. Ulp. *in fragm. tit.* 11. ubi & alium modum indicat, cum incenſus aliquis veniiſſet, quod explicat Cicero *pro Cæcin.* in extremo orationis, Dionyſ. Halic. *lib.* IV. Sigon. *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. Denique etiam in nexos magna fuit creditorum poteſtas, nec herili admodum abſimilis, adi Liv. *lib.* II. *&* VIII. Gell. *lib.* XX. *c.* 1. Mercer. 1. *opin.* 9. D. Salmaſ. *lib. de mod. uſ. c.* 18. *& ſeq.* Cur igitur ſervi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum, quia in iis, quæ ſunt juris civilis, pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent.

Liber homo) Ingenuus ſcilicet & ſui juris, ut recte monet Cujacius; neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere poſſunt, quod & Aug. & Fab. hic notant.

Pretii participandi cauſa) Modo & partem pretii vere acceperit, *l.* 1. *quib. ad lib. proc. non lic.* Et gnarus conditionis ſuæ *l.* 1. *ſi lib. ing. eſſe dic.* venditus ſit ignoranti conditionem venditi, *l.* 7. §. 2. *de lib. cauſ.* vid. *Gloſſ.* & Accurſ.

Venundari paſſus ſit) Venditorem ſubornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus 3
gra-

gratia peragentem ſimulabat is ſe ſuum ſervum vendere. Apud nonnullos uſitata fuit voluntaria in ſervitutem datio; ut apud Germanos, qui noviſſimo aleæ jactu de ſervitute contendebant, *victus voluntariam ſervitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ. cap.* 24. Poſidonius autem Stoicus in hiſtoriis narrat, multos olim fuiſſe, qui ſuæ imbecillitatis conſcii ſponte ſe aliis in ſervitutem darent, ut domini quidem ipſis providerent de neceſſariis, ipſi vero operam viciſſim, quam poſſunt, præſtarent. Quæ ſi res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in ſe eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua iſta obligatio compenſatur perpetua alimentorum certitudine, quam ſæpe non habent, qui diuturnas operas locant: unde ſæpe accidit quod dixit Eubulus:

Εθελει δ' ανευ μισθου παρ' αυτοις καταμενειν
Επι σιτιοις.

Quærunt autem hic DD. poſſitne quis apud nos perpetuo ſe obligare ad ſerviendum, aut operas ſuas locare, quæ ſervitutis quædam ſpecies videtur: nos autem ſervos non agnoſcimus. Reſpondent omnes, poſſe, ſed cum facti hæc promiſſio ſit, ſolvendo id, quod intereſt, promiſſorem liberari, *l.* 13. §. 1. *de re jud.* Adi de tota re D.Grot. *lib.* II. *de jur. bell. cap.* 5.

Textus.

De liberorum & ſervorum diviſione.

5. In ſervorum conditione nulla eſt differentia: in liberis autem multa, aut enim ſunt ingenui, aut libertini.

Notæ.

5. *Nulla differentia*) Servorum varia quidem miniſteria, una tamen conditio eſt, *l.* 5. *D. eod.* id eſt, omnes æque ſervi ſunt, παντες την αυτην δουλειαν δουλοι εισιν, nihilque intereſt natus quis, an factus ſervus ſit, etſi alius alio præſtat, juxta vetus proverbium, δουλος προ δουλου, δεσποτης προ δεσποτου, 1. *Polit.* 4.

Commentarius.

1. *Liberorum nullum amplius diſcrimen eſt.*
2. *Civium apud nos qua diſtinctio.*

Nulla differentia) Servorum una conditio eſt, *l.* 5. *in pr. hoc tit.* οι δουλοι εν ειδος εισιν. Mich. Attaliata, id eſt, omnes æquæ ſervi ſunt, nihilque intereſt, utrum quis natus, an factus ſit ſervus. Plane officiis & miniſteriis etiam ſervi inter ſe differunt: aliis enim honeſtior, ut atrienſibus, diſpenſatoribus, amanuenſibus; aliis minus honeſta provincia mandatur, ut mediaſtinis, focariis, fornacatoribus, *l.* 15. §. *itaque præter* 44. *de injur.* *l.* 1. §. *caupones* 5. *naut. caup. ſtab.* ſed hoc cum totum ſit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis ſervorum miniſteriis & officiis ſcripſit Pet. Fabr. *ſemeſtr. p.* 155. Vinn. Et ex inſtituto Laur. Pignorius *de ſervis eorumque apud veteres miniſteriis*, & Tit. Popma *de operis ſervorum*. Hein.

In liberis multa) Nam primum intereſt, utrum quis natus, an factus ſit liber, hoc eſt, utrum quis ingenuus ſit, an libertinus: deinde utrum qui liber factus eſt, civis Romanus ſit, an Latinus Junianus, aut dedititius: & porro qui civis Romanus, ſuine juris ſit, an alieno juri ſubjectus: denique qui ſui juris eſt, ſitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur; quæ ſumma eſt eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. Prima autem & ſecunda diſtinctio vix ullum amplius uſum habent. Nam cum libertinorum differentia a 1
Juſtiniano ſublata ſit, & noviſſimo jure liberti etiam ingenuis per omnia, (ſalvo licet jure patronatus), exæquati, *Nov.* 78. *c.* 1. & 2. nullum hodie ſupereſſe videtur ne inter liberos quidem diſcrimen; utique reſpectu conditionis liberæ: nam quoad civitatis & familiæ jura adhuc differunt, & ſic temperandum exiſtimo, quod ſcibit D. Bachovius ad hunc locum, hodie de liberis recte dici videri, nullam in eorum conditione & ſtatu differentiam eſſe. Apud nos ſane cum nulli ſint ſervi, omnes ingenui dici poſſunt. Ceterum eſt generis nonnulla diſtinctio: 2
alii enim nobiles ſunt, qui certis privilegiis atque immunitatibus gaudent, alii ignobiles ſive plebeji. Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem ſequuntur, convenienter *l. cum legitimæ* 19. *hoc tit.* Chriſtin. *vol.* v. *deciſ.* 88. *n.* 12. Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis ſuſcepti pro nobilibus habentur. Diſtinctio autem inter eccleſiaſticos & ſeculares ſive laicos poſt receptam apud nos religionem reformatam pene tota ſublata eſt, D.Grot. *lib.* 1. *manud. c.* 14. & 15. Sicubi adſcriptitii ſunt, ad eos manumiſſos jus *d. Nov.* 78. applicari poſſe, cenſet D. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviſ. c.* 6. *in fin.* De variis hominum generibus adi Franc. Zypæum *in Jud. lib.* III. *c.* 2. Vinn. Sed uti in Germania homines proprii ejuſdem conditionis ſunt, ac ſervi olim, quorum meminit Tacit. *de Mor. Germ. cap.* xxv. ita & hodienum in manumiſſis obſervatur, quod idem Tacitus de libertis veterum Germanorum ait: *Liberti non multum ſupra ſervos ſunt.* Eadem enim fere præſtant, ac homines proprii, & in eo tantum melioris conditionis habentur, quod non amplius ſunt glebæ adſcripti. Vid. Potgieſſ. *de ſtatu & condit. ſerv. in Germ. lib.* III. Hein.

TITULUS QUARTUS.

DE INGENUIS.

Conc. Tit. 14. *Cod. lib.* 7.

SEquitur ſubdiviſionis ſupra poſitæ per definitionem partium explicatio; & primo ingenuorum *hoc tit.*

TEXTUS.

De ingenui definitione.

Ingenuus eſt is, qui ſtatim, ut natus eſt, liber eſt, ſive ex duobus ingenuis matrimonio editus eſt, ſive ex libertinis duobus, ſive ex altero libertino, & altero ingenuo, ſed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre vero ſervo, ingenuus nihilominus naſcitur. Quemadmodum, qui ex matre libera & incerto patre natus eſt: quoniam vulgo conceptus eſt. Sufficit autem, liberam fuiſſe matrem eo tempore, quo naſcitur; licet ancilla conceperit: Et e contrario, ſi libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui naſcitur, liberum naſci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre eſt. Ex his illud quæſitum eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta pepererit, liberum an ſervum pariat? Et Martianus probat liberum naſci: ſufficit enim ei, qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe, ut liber naſcatur, quod & verum eſt.

NOTÆ.

Ingenuus) Antiqui ingenuos ſpuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere poſſent. Liv. *lib.* x. *cap.* 8. Cincius apud Feſt. in voce *patricios*. Ceterum etiam jam olim, qui liberi nati erant, ingenuos dictos fuiſſe ex Plauto *in Milit. act.* IV. *ſcen.* I. *v.* I. 5. & *Pœnul. act.* V. *ſc.* 6. *v.* 8. conſtat, & alias quoque Latini ingenuum vocant, quod nativum eſt: quomodo Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. VINN. At neque ex Livii, neque ex Feſti loco adparet, ingenuos olim oppoſitos fuiſſe ſpuriis. Cincius apud Feſtum tantum obſervat, patricios olim dictos etiam *ingenuos*, fortaſſis, quia genus ſuum ab urbis primordiis recenſere poterant. Apud Livium autem Decius ait, *patricium eſſe, qui patrem ciere poſſit*, id vero & plebejos ingenuos poſſe, adeoque & patricios nihil eſſe niſi ingenuos, nec jure obniti plebejis, ſacerdotia ambientibus. HEIN.

Statim ut natus) Ingenuus proprie eſt, qui nativam habet libertatem: eum tamen etiam, qui ingenuus pronuntiatus eſt, pro ingenuo accipere debemus: quia res judicata pro veritate habetur, *l.* 25. *D. de ſtatu hom.*

Matre libera) Quia qui naſcitur ſine legitimo matrimonio conditionem matris ſequitur, *l.* 19. *l.* 24. *D. de ſtat. hom.*

Quoniam vulgo conceptus) His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus. Hotom. pro *quoniam* legendum putat, *id eſt, qui*. Theoph. τουτέστιν ὁ ἀπὸ πορνείας τεχθείς.

Martianus probat) Ex Martiano *l.* 5. §. 2. & 3. *D. de ſtat. hom.* totus hic locus ſumptus eſt. Is itaque liber naſcitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera naſcitur; quod favor libertatis extorſit, Paul. *lib.* II. *ſent.* 24. add. *l.* 18. *D. de ſtat. hom. l.* 4. *C. de pœn.*

COMMENTARIUS.

INgenuus *eſt is*) Prima ſemper quæſtio eſſe debet de verbis, licet de rebus potior ſit, auctore Platone *in Cratylo*, & Quinctilianus *in proœm. lib.* VIII. curam verborum, rerum vult eſſe ſolicitudinem. Antiqui ingenuos ſpuriis opponebant, & patricios initio appellabant: eo quod patrem ciere poſſent, ut conſtat ex oratione P. Decii Muris apud Liv. *lib.* x. *cap.* 8. & confirmat Cincius apud Feſtum in voce *patricios*. Ceterum etiam eos, qui liberi nati eſſent, jam olim ingenuos appellatos fuiſſe & diſtinctos ab iis, qui facti erant liberi, oſtendit locus Plauti *in Milit. Act.* IV. *ſc.* I. *v.* 15.

Quid? ea ingenua, an feſtuca facta e ſerva libera eſt?

Et quod reſpondet Palæſtrio:

Vah, egone ut ad te ab libertina eſſe auderem internuncius,

Qui ingenuis ſatis reſpondere nequeas cupidis tui?

Eodemque ſenſu in *Pœnulo act.* V. *ſc.* 6. *v.* 8. Adelphaſium non ſemel *ingenua* dicitur. Atque hic hujus vocis apud Latinos uſus eſt, etiam in aliis rebus, quæ a natura ſunt, & factitiis opponuntur. Sic enim Lucret. *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. Verba Juvenalis *ſatyr.* III. *v.* 18. ſunt:

Quanto præſtantius eſſet
Numen aquæ, viridi ſi margine clauderet undas
Herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?

Quo loco tophum nativum diſerte *ingenuum* vocat; nec ulla eſt translatio, contra quam exiſtimat Britannicus. Ingenuus igitur proprie eſt, qui nativam habet libertatem. Ceterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus eſt, *l. antepen. de ſtatu hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, ſalvo jure patronatus, qui

jus

jus aureorum annulorum a Principe impetraverunt, *tit. de jur. aur. annul.* & pleniſſimam ingenuitatem, qui a Principe natalibus reſtituti ſunt, *tit. de nat. reſt.* Hodie omnes liberi ex conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 78. ingenui ſunt, ut hæc quæſtio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius uſus ſit.

Matre libera) Partus extra nuptias conceptus matris conditionem ſequitur, *l. lex natura* 24. *de ſtat. hom. l.* 3. *C. ſol. matrim.* Patrem ſequi non poteſt, quia nullum habere intelligitur, cum is duntaxat pater ſit jure civili, quem nuptiæ demonſtrant, *l.* 6. *de his qui ſui vel al. jur. l.* 5. *de in jus voc.* Quid ſi natus ſit ex ventre adſcriptitio? Placet adſcriptitium naſci, *l. nec diutius* 21. *C. de agric. & cenſ. lib.* XI. In comitatu tamen Burgundiæ hoc non obſervatur, ſed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, ſequitur, Chriſt. *vol.* V. *deciſ.* 88.

Quoniam vulgo conceptus) Ratio cur dicatur ex incerto patre natus; nimirum quia mater cum pluribus conſuevit. Hoc quidem de natis ex concubina dici non poteſt; ſed tamen nec hi patrem habere intelliguntur, quoad ea, quæ ſunt juris civilis, & effecta juſti matrimonii, puta patriam poteſtatem, familiam, jura ſacrorum, §. *ſi adverſus* 12. *inſt. de nup.* Vinn. Immo ex concubina nati patrem, ſed naturalem; ſpurii ne naturalem quidem habere intelliguntur, quia vulgo concepti. Unde S. P. in vetuſtis monimentis Plutarchus ſignificare putat *ſine patre filium. Quæſt. Rom. p.* 316. Hein.

Liberum naſci) *l.* 5. §. 2. *de ſtat. hom.* Is itaque liber naſcitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera naſcitur; quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum eſt, Paul. *lib.* II. *ſent.* 24. Poteſt & in univerſum hæc ratio dari, quod is, qui in utero eſt, quoties de commodo ejus agitur, pro jam nato habetur, *l.* 7. *l. pen. d. tit.*

Textus.

De ſervitute ac manumiſſione facti.

1. *Quum autem ingenuus aliquis natus ſit, non officit ei, in ſervitute fuiſſe, & poſtea manumiſſum eſſe: ſæpiſſime enim conſtitutum eſt natalibus non officere manumiſſionem.*

Notæ.

1. *Conſtitutum eſt*) Plures extant hac de re conſtitutiones ſub *tit. Cod. de ingenuis manum.* & eo pertinent *l.* 21. §. 1. *D. de capt. & poſtlim.*

Natalibus) Theophil. τη ευγενεια, ingenuitati, veritati & origini ingenuitatis. Paul. *lib.* V. *ſent.* 1.

Non officere] Non inurere notam libertinæ conditionis.

Commentarius.

In *ſervitute*] Aliud eſt in ſervitute eſſe, aliud ſervum eſſe: illud facti, hoc juris eſt. Sic aliud eſt in libertate eſſe, aliud liberum eſſe; aliud in poſſeſſione eſſe, aliud poſſidere, *l.* 10. §. 1. *de acq. poſſ.* Servus eſt, qui juſtam ſervitutem ſervit: in ſervitute eſſe dicitur, qui cum ſervus non ſit, pro ſervo habetur, ut Pamphila *in Andria* Terentii.

Natalibus) Id eſt τη ευγενεια ingenuitati ſive nativæ conditioni, quam non vitiavit falſa ſervitutis opinio. Plures extant hac de re conſtitutiones *ſub tit.* C. *de ingen. manum.* Atque huc pertinet, quod Ulp. *in l. ſi quis* 21. §. 1. *de capt. & poſtl.* ſcribit, bello civili captos & venundatos, poſteaque manumiſſos, ſupervacue a Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiſerunt. Vinn. Quæ ratio etiam valuit in filiis venundatis vel noxæ datis, & poſtea manumiſſis. Cic. *pro Cæcin. cap.* 33. *lib.* I. *de orat. cap.* 40. Paul. *Rec. ſent.* I. 1. nec non in obæratis, addictis creditori, qui libertatem recuperaverant. Quinctil. *Inſt. lib.* VIII. *c.* 3. & *Decl.* 311. Nam & hi non libertini cenſebantur, ſed ingenui. Hein.

Titulus Quintus.

DE LIBERTINIS.

Summa tituli.

Pars altera ſubdiviſionis, quæ ad libertinos pertinet, qui quales ſint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diverſa eorum qualitate, *hoc tit.* diſputatur.

Textus.

Definitio & origo libertinorum & manumiſſionis.

Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt. Manumiſſio autem eſt, de manu datio: nam quamdiu aliquis in ſervitute eſt, manui & poteſtati ſuppoſitus eſt: & manumiſſus liberatur a domini poteſtate. Quæ res a jure gentium originem ſumpſit: utpote cum jure naturali omnes liberi naſcerentur, nec eſſet nota manumiſſio, cum ſervitus eſſet incognita. Sed poſtquam jure gentium ſervitus ingenuitatem invaſit, ſecutum eſt beneficium manumiſſio-

ſionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera eſſe cœperunt, liberi, & his contrarium ſervi, & tertium genus libertini, qui deſierant eſſe ſervi.

NOTÆ.

Libertini) Ex *l.* 6. D. *de ſtat. hom.* Appii Cœci temporibus & deinceps aliquandiu libertini dicti non ipſi, qui manumittebantur, ſed ingenui ex his procreati, ut ſcribit Sueton. *in Claud. cap.* 24. poſtea ipſi manumiſſi libertini dici cœperunt, & ex his procreati, ingenui. Liberti & libertini nomina ſic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus reſpicit, libertini ad perſonæ conditionem, *l.* 1. *& ult* D. *ſi ingen. eſſe dic.* Libertus & patronus relata ſunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Juſta ſervitute) Id eſt, quæ revera ſervitus ſit, non opinione & errore tantum, addit Theoph. *καὶ ἐννόμως*, *& legitima*; quod non placet.

De manu datio) Reponendum ex Florent. *de manu miſſio*, id eſt, *datio libertatis*. *l.* 4. *D. de juſt. & jur.* ut brevi ſermonis compendio notetur & nominis definitio & rei.

Communi nomine) Apud Ulp. *in d. l.* 4. legitur *uno naturali nomine*, ſenſus eſt, cum omnes homines natura liberi eſſent, ut nomen rei conveniat.

Liberi ſunt) Id eſt, *ingenui*. Partem ſubdiviſionis in diviſione collocat, quod Ulpiano, a quo hæc ſumpta, familiare, *l.* 5. *D. de pact. l.* 1. §. 2. *D. de juſt. & jur.*

COMMENTARIUS.

Libertini ſunt) ex Cajo in *l.* 6. *de ſtat. hom.* Antiquitus libertinos dictos ſcribit eſſe Tranquillus *in Claud. cap.* 24. non ipſos, qui manumitterentur, *ſed ingenuos ex his procreatos*. Ex quo loco duo præterea colligas, nempe poſtea eos ipſos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpiſſe, & qui ex his procreati eſſent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla *lib.* IV. *c.* I. differentiam eſſe inter *Libertinus* & *Libertus*, illud eſſe relativum ingenui, hoc patroni: id eſt, voce *Libertinus* deſignari conditionem hominis ingenuitati ex adverſo oppoſitam; per *Libertus* autem ſignificari privatum quendam reſpectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumiſſus eſt. Illud leviuſculum eſt quod ibidem Valla notat, *Libertinus* eſſe adjectivum: *Libertus* ſubſtantivum. VINN. Nec tamen id diſcrimen ſemper obſervarunt veteres, veluti in *l.* 4. *de juſt. & jure*, *l.* 20. §. 4. *de bon. libert. l.* 28. *eod.* ſi recte ſe habet textus. Vid. Duker. *de Latin. Jct. vet. p.* 378. *ſqq.* HEIN.

Ex juſta ſervitute manumiſſi) Juſta, id eſt, quæ revera ſervitus ſit, non opinione & errore tantum. Aliquando & ſine manumiſſione dominorum ſervi libertatem accipiunt ex ſenatuſconſulto aut conſtitutione aliqua, exempla ſuppeditat. *tit. ff. qui ſin. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. ca. ſerv. pro præm. lib. ac.* Generalius itaque definiri potuiſſet, libertinos eſſe, qui deſierunt eſſe ſervi, ut in calce hujus text. ex Ulp. *l.* 4. *de juſt. & jur.* unde reliqua hujus loci deſcripta ſunt.

De manu datio) Reponendum ex textu Florentino, *de manu miſſio*, id eſt, *datio libertatis*, *d. l.* 4. *de juſt. & jur.* ut brevi ſermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim eſt, de poteſtate Domini. Lucan. *lib.* I.

In manibus veſtris, quantus ſit Cæſar, habetis.

Ingenuitatem) Vox hæc delenda eſt, cenſeo cum Bachov. ut quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec eſt apud Ulpian. *d. l.* 4. unde hæc ſumpta; neque eam agnoſcunt Hotom. Cujac. Cont. Theophil.

Communi nomine) Alias, *naturali nomine*. Id eſt, cum omnes homines liberi eſſent; ut nomen rei conveniat. Plura, quæ huc pertinent, notavimus ſup. ad *tit. de jur. nat. gent. & civ.*

TEXTUS.

Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumiſſio procedit: aut enim ex ſacris conſtitutionibus in ſacroſanctis Eccleſiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epiſtolam, aut per teſtamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas ſervo competere poteſt, qui tam ex veteribus, quam ex noſtris conſtitutionibus introducti ſunt.*

NOTÆ.

1. *Sacroſanctis*) *Eccleſiis* Hic modus tribuendæ libertatis a Conſtantino introductus eſt, *l.* 1. & 2. *Cod. de his qui in eccleſ. man.* & ſuffectus in locum ejus, qui olim fiebat luſtrali cenſu; vid. Sigon. *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. add. *tripart. hiſt. lib.* 1. *c.* 7. & Niceph. VII. *c.* 16.

Vindicta] Virgulam eſſe ſcribit Boet. *in Topic. Cic.* quam lictor juſſu magiſtratus manumittendi capiti imponebat. *Feſtuca* Plauto dicitur in *Mil. Glor. act.* IV. *ſc.* 1. *v.* 15. *κάρφος* Plutarcho *de ſera num. vind.* Nomen ductum a Vindicio creditur, Vitelliorum ſervo, qui cum nobilium adoleſcentium conjurationem de Tarquiniis reducendis detexiſſet, primus hoc modo manumiſſus traditur, Liv. *lib.* II. *c.* 5.

COMMENTARIUS.

Multis autem modis) Olim tres tantum modos manumittendi fuiſſe, cenſu, vindicta, teſtamento, oſtendit argumentatio Ciceronis in *Topic. cap.* 2. ab enumeratione partium. *Si neque cenſu*, inquit, *neque vindicta, neque teſtamento liber factus eſt, non eſt liber.* Acceſſerunt quidem poſtea alii modi; veluti per epiſtolam, in convivio, inter amicos; ſed his modis manumiſſis plena libertas non conferebatur, Ulp. & Cajus *in Inſt.*

In ſacroſanctis Eccleſiis) A Conſtantino conſtitutum eſt, ut in Eccleſiis, hoc eſt in cœtu Chriſtianorum, vel-

velut in comitiis eccleſiaſticis , teſte populo & ſignatore Epiſcopo, manumiſſi juſtam libertatem conſequerentur , *tit.* C. *de his qui in Eccleſ. man.* quod genus manumiſſionis ſuffectum eſſe apparet in locum ejus , quæ olim per cenſum fiebat , cum ſervi luſtrali cenſu in campo juſſu dominorum inter cives Romanos cenſum profitebantur , vid. Sigon. *lib.* 1. *de ant. jur. civ. Rom. cap.* 14.

Vindicta) Virgulam eſſe ſcribit Boetius *in Top. Ciceronis* , quam lictor juſſu magiſtratus manumittendi capiti imponebat : atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum . *Feſtuca* Plauto dicitur *in mil. glorioſ. act.* IV. *ſc.* I. *v.* 15. Alii hunc modum ſic dictum malunt a Vindicio Vitelliorum ſervo ; qui primus dicitur vindicta liberatus , eo quod conjurationem nobilium adoleſcentium de Tarquiniis reducendis detexiſſet , auctore Livio *lib.* II. *cap.* 5. Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum ſervi , dicebatque , hunc hominem liberum eſſe volo . Feſt. in verb. *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat , ſignificans , ſe ei poteſtatem facere abeundi , quo vellet . Eo pertinent hæc Perſii *ſatyr.* V. *v.* 75.

— *Heu ſteriles veri , quibus una Quiritem*
Vertigo facit .

Et paulo poſt , *v.* 78.

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama .

Pluribus hæc explicant Marcil. *ad d. ſatyram*. Briſſonius *lib.* V. *antiq. c.* 11. Sigonius *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. cap.* 6. fac. Gallus Neapol. *in apicib. leg.*

Inter amicos , per epiſtolam) Inter amicos adhibitis quinque teſtibus ; per epiſtolam a domino & quinque teſtibus ſubſcriptam *l. un.* §. 1. & 2. *C. de Lat. lib. toll.*

Aliam ultimam voluntatem) Puta codicillos . Conſulto tamen miſcere videtur juſtos manumittendi modos cum ceteris , quia ipſe differentiam ſuſtulit .

Aliis multis modis) Quorum plerique enumerantur in *d. l. un.* §. 3. & *ſeqq. C. de Lat. lib. toll.* Addant curioſiores *tit.* C. *pro quib. ca. ſerv. pro pram. lib. acc. ff. qui ſine man. ad lib. perv. C. ſi manc. ita ven. ne proſtit. & ſi manc. ita ſu. alien. l. nemini.* 24. *C. de epiſc. aud.*

TEXTUS.

Ubi & quando manumitti poteſt.

2. *Servi vero a dominis ſemper manumitti ſolent , adeo ut vel in tranſitu manumittantur ; veluti cum prætor , aut præſes , aut proconſul , in balneum , vel in theatrum eunt .*

NOTÆ.

2. *Semper*) Id eſt , omni die ſive feſto , ſive profeſto , ſive faſto , ſive nefaſto , και εν απρακτῳ ημερᾳ. Fabrot. in not. ad Theophil. *l.* 2. *l.* 8. *C. de feriis.*

COMMENTARIUS.

In tranſitu) Cum aut lavandi , aut geſtandi , aut ludorum gratia prodeunt prætor , proconſul, legatuſve Cæſaris, *l.* 7. *de man. vind.* Neque enim neceſſe eſt pro tribunali manumittere , cum hic actus ſit voluntariæ juriſdictionis, *l.* 2. *de offic. proconſ.* & præter approbationem & auctoritatem Magiſtratus nihil deſiderat .

TEXTUS.

De libertinorum diviſione ſublata.

3. *Libertinorum autem ſtatus tripertitus antea fuerat : nam qui manumittebantur , modo majorem & juſtam libertatem conſequebantur , & fiebant cives Romani : modo minorem , & Latini ex lege Junia Norbana fiebant : modo inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii: Sed quoniam dedititiorum quidem peſſima conditio jam ex multis temporibus in deſuetudinem abierat , Latinorum vero nomen non frequentabatur : ideoque noſtra pietas omnia augere , & in meliorem ſtatum reducere deſiderans , duabus conſtitutionibus hoc emendabit , & in priſtinum ſtatum reduxit ; quia & a primis urbis Romæ cunabulis una atque ſimplex libertas competebat , id eſt , eadem, quam habebat manumiſſor ; niſi quod, ſcilicet , libertinus ſit , qui manumittitur, licet manumiſſor ingenuus ſit . Et dedititios quidem per conſtitutionem noſtram expulimus , quam promulgavimus inter noſtras deciſiones ; per quas ſuggerente nobis Triboniano viro excelſo Quæſtore noſtro antiqui juris altercationes placavimus . Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat , obſervantiam, alia conſtitutione per ejuſdem Quæſtoris ſuggeſtionem correximus , quæ inter Imperiales radiat ſanctiones . Et omnes libertos , (nullo nec ætatis manumiſſi , nec domini manumittentis , nec manumiſſionis modo diſcrimine habito , ſicuti antea obſervabatur ,) civitate Romana decoravimus , multis modis additis , per quos poſſit libertas ſervis cum civitate Romana , quæ ſola eſt in præſenti , præſtari .*

NOTÆ.

3. *Status tripertitus*) Ulpian. *in fragm. tit.* 1. & 3. Cajus 1. *Inſt. tit.* 1.

Cives Romani) Nempe qui vindicta, cenſu , teſtamento manumiſſi erant . Ulp. & Caj. *ubi ſup.* Hos modos civiles & legitimos vocat Theophilus.

Lege Junia Norbana) Qua cautum , ut ii ſervi , qui per epiſtolam aut inter amicos aut convivii adhibitione

ne

ne manummitterentur, non cives Romani, ſed eodem jure eſſent, quo ante bellum ſociale Latini coloni, *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* ut neque connubii, neque teſtamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ poteſtatis, &c. jura habuerint. Ulp. *in fragm.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulp. *d. tit.* 3. Vinn. Quædam hic non ſatis accurate traduntur. Nam primo non ante bellum tantum ſociale erant coloni Latini, ſed & poſtea, quum jam civitas Romana cum Italis eſſet communicata. Spanh. *Orb. Rom.* I. 9. Deinde omnino Latinis erat jus commercii & mancipationis cum civibus. Ulp. *tit.* 19. §. 4. Unde & familiæ emtores, & teſtes, & libripendes, eſſe poterant. Id. *tit.* 20. §. 8. Denique teſtari quidem non poterant, nec ex teſtamento capere, Ulp. *tit.* 17. §. 1. licebat tamen eis fideicommiſſum capere. Id. *tit.* 25. §. 6. Hein.

Dedititii) Hi quoque Latini liberti fuere, ſed conditione Latinorum dedititiorum, quos ſcilicet populus Romanus poſt defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Suetonius Auguſtum caviſſe, ne vinctus unquam tortuſve ullo libertatis genere civitatem adipiſceretur, *cap.* 40. Add. Ulp. & Caj. *ubi ſup.* Vinn. Dedititios etiam Latinos libertos fuiſſe, legere me non memini. Ejuſdem potius erant conditionis ac omnes populi dedititii, cujuſcumque nationis. Vid. Caj. *lib.* I. *Inſt. tit.* 1. §. 4. Jam id moneo, non ex lege demum Junia Norbana primum libertinos quoſdam Latinæ conditionis fuiſſe, ſed ex lege etiam Ælia Sentia, eos nimirum, qui minores XXX. annis teſtamento fuerant manumiſſi. Ulp. *tit.* 3. §. 3. Hein.

Peſſima conditio) Non multum diſtans a ſervientium ſpecie, §. *ult. inf. de ſucc. libert.*

In meliorem ſtatum) Aliud judicium Auguſto fuit, qui magni æſtimabat ſincerum atque ab omni colluvione peregrini ac ſervilis ſanguinis incorruptum ſervare populum. Suet. *c.* 40.

Simplex libertas) Cic. pro *Balb. cap.* 24. Dionyſ. Halic. *lib.* IV. *p.* 126. ubi Servium Tullium hujus inſtituti auctorem fuiſſe refert.

Ætatis manumiſſi) Vid. Ulpian. *tit.* I. §. 7. Theophil. *hic.*

Decoravimus) Alii *donavimus*. Antoninus antea civitate data exæquaverat omnes ingenuos. *l.* 17. *D. de ſtat. hom.* Juſtinianus omnes libertinos, noviſſime & libertinorum conditionem ſuſtulit, data manumiſſis ingenuitate. *Nov.* 78. *c.* 5.

C o m m e n t a r i u s.

1. *Latini liberti quo jure fuerint.*
2. *Quo jure dedititii.*
3. *Antoninum exæquaſſe omnes ingenuos, Juſtinianum omnes libertinos.*

A*ntea fuerat*) Hoc non eſt referendum ad tempora liberæ reip. ſed ſequentia. Nam, ut auctor eſt Suetonius, primus Auguſtus, cum ſervorum manumiſſione contaminari civitatem Romanam videret (quod & Dionyſ. Halicarn. *lib.* IV. conqueritur) eos multis difficultatibus a libertate juſta removit: deque numero & conditione & differentia eorum, qui manumittebantur, curioſe cavit. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fuſia Caninia, de quibus poſtea. Hinc Junia Norbana Silano & L. Norbano Coſſ.

Cives Romani) Scilicet, qui cenſu, vindicta, teſtamento, non qui per epiſtolam, aut inter amicos manumiſſi erant. Ulp. & Cajus *in Inſt.*

Latini ex lege Norbana) Qua cautum fuit, ut ii ſervi, qui per epiſtolam, aut inter amicos, aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, ſed eodem jure eſſent, quo ante bellum ſociale Latini coloni, quod ſignificare voluit Juſtinianus *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* cum ait, *Latinos libertos ad ſimilitudinem antiquæ Latinitatis, quæ in colonias deducta eſt, introductos eſſe*. Diſcimus autem ex Cicerone *pro Cæcinn. cap.* 34. *& pro domo ſua*, *cap.* 30. eos, qui in Latinam Coloniam nomina dediſſent, aut deducti, inque eam civitatem recepti eſſent, Romanam civitatem amiſiſſe; & hoc quoque eſt, quod Boet. *in Top. Cic. cap.* 2. ſcribit, *iſta in Latinas Colonias profectione mediam capitis deminutionem contingere*. Quæ cum ita ſint, apparet eos neque connubii, neque teſtamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ poteſtatis, neque tutelæ recipiendæ jura habuiſſe, ac proin eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit; quod etiam diſerte variis in locis teſtatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita ſcribit Juſtinianus §. *ult. inf. de ſucceſſ. libert. eos quidem ut liberos vitam peregiſſe, attamen ipſo ultimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem amiſiſſe; & quaſi ſervorum ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupaſſe*: congruit *l.* 1. *C. Theodoſ. de petit. hæred.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex Liv. Appian. Cic. *pro Cæc. pro Balb. pro dom. ſua*, collegit Gruch. *lib.* 11. *de comit.* Ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenſet Ulpian. *in fragm. tit.* 3. 1

Ex lege Ælia Sentia dedititii) Auctor hujus legis Auguſtus, latores Sext. Ælius & C. Sentius Coſſ. Scribit enim Suetonius *Aug. cap.* 40. Auguſtum caviſſe, *ne vinctus unquam tortuſve ullo libertatis genere civitatem adipiſceretur.* Et exiſtimare licet libertos hoſce dedititios eandem habuiſſe libertatem, quam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos poſt defectionem victos & in deditionem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, ſed ut jure connubiorum & commerciorum multati ad jus civitatis nunquam pervenire poſſent: ut ſint hi quoque Latini liberti, ſed conditione Latinorum dedititiorum. Add. Ulp. Caj. *in Inſt.* Formulam deditionis deſcripſit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *lib.* 1. *cap.* 38. *&* VII. *cap.* 31. Vinn. Sed vide, quæ ſupra ad notas diximus. Hein. 2

In meliorem ſtatum reduxit) Non deeſt, quod contradici poſſet. Certe aliud judicium Auguſto fuit, qui magni exiſtimabat ſincerum atque ab omni colluvione peregrini ac ſervilis ſanguinis incorruptum ſervare populum: civitatemque tam parce dabat, ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit, immunitatem obtulerit: affirmans ſe facilius paſſurum fiſco detrahi aliquid, quam civitatis Romanæ vulgari honorem. Sueton. *in Auguſt. c.* 40.

Primis cunabulis) Hoc non ita dictum accipiemus, quaſi

quaſi jam inde ad urbe condita manumiſſi jus civium habuerint : ſed ex quo manumiſſis jus civitatis communicatum eſt (quod factum eſt infante adhuc populo ſub rege Servio Tullio) id diu poſtea obſervatum fuiſſe, manſiſſeque uſque ad tempora Auguſti, arg. eorum, quæ tradit Dionyſ. Halic. *lib.* IV. *p* 126. Et ergo ex illo tempore, quamdiu reſp. ſtetit, una libertinorum omnium conditio fuit : nam omnes pari jure cives Rom. erant, & plena ac juſta libertate fruebantur.

Libertinus ſit) Jure noviſſimo, & hoc ſuſtulit, data ingenuitate, ſalvo tamen manente jure patronatus. *Nov.* 78.

Ætatis manumiſſi) Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut ſervus minor triginta annis teſtamento manumiſſus non civis fieret, ſed Latinus eſſet ; vindicta manumiſſus non aliter civis fieret, quam ſi cauſa apud conſilium probata fuiſſet, teſte Ulpiano *in fragm. tit.* I. §. 12. De cenſu quid hic dicam non habeo: neceſſe tamen eſt, aut hunc actum nullum fuiſſe, aut eum, qui inter cives cenſus eſſet, civem factum. Itaque dubito, an verum ſit, quod generaliter definit Theophilus, ſervum minorem 30. annis, quoquo modo manumiſſum, Latinum fieri. VINN. De cenſu nihil Ulpianus, quia ejus tempore cenſus luſtralis ab uſu receſſerat. Nec dubium tamen, quin & cenſu manumiſſus, minor XXX. annis Latinus manſerit. Eum enim non niſi triginta annorum civitate Romana potitum eſſe, docet *Fragmentum regularum ex vetere JCto*; quod Pariatori legum Moſ. & Rom. ſubjici ſolet §. XVII. Conf. U. C. Schulting. *ad* Ulp. *tit.* I. §. XII. HEIN.

Domini manumittentis) Auguſtinus III. *emend.* legendum cenſet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, ſed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. *in flor. ſparſ.* probat, & Theophilum ita legiſſe arguunt verba paraphraſis. περι την δεσποτειαν του ελευθερυντος. Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat : ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *in fragm. tit.* I. §. II. & Theoph. *hic.* quæ differentia a Juſtiniano ſublata eſt. *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Civitate Romana decoravimus) Atqui jam multo ante omnes, qui in orbe Romano eſſent, ex conſtitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orbe.* 17. *de ſtat. hom.* Sed illa conſtitutio non pertinet ad eos, qui conditione perſonæ, ſed natali loco, & patria impediebantur, quominus eſſent cives Romani. Quæ res ut planiſſime intelligatur, Jus civitatis Romanæ olim raro, & non niſi bene meritis civitatibus dari ſolitum erat. Poſtea lege Julia datum eſt ſociis & Latinis omnibus, qui arma depoſuerant. Id factum initio belli ſocialis Sigon. *lib.* III. *de antiq. jur. Ital. cap.* I. & 2. *Gruch. lib.* II. *de comit. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ continebatur, ut docet Cic. *pro Balb. cap.* 21. Progreſſu temporis quibuſdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui ſub imperio Romano eſſent, conſtitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos, Juſtinianus ſublata differentia manumiſſionis omnes libertinos, qui noviſſime & libertinos exæquavit ingenuis, ſalvo jure patronatus. *Nov.* 78. quod poſitum eſt in obſequiis, operis, dono, munere & ſucceſſione libertorum, *tit. ff. de jure patron. & aliquot ſeqq. lib. ſeq.* Sunt & tacitæ quædam manumiſſionis ſpecies ; veluti ſi dominus ſervum ſuum tutorem vel hæredem ſcripſerit, aut adoptaverit, §. 2. *inf. tit. prox.* §. I. *inf. qui teſt. tut. dar.* §. *ult. inf. de adopt.* aliæque complures, quas operæ pretium non eſt aut recenſere aut explicare, congeſſit eas Gudelin. *lib.* I. *de jur. noviſſ. cap.* 4. VINN. Addo (1) initio omnibus promiſcue civitatem datam, qui Romam migrabant, etiam devictis gentibus. Liv. *lib.* I. *cap.* 8. Cic. *pro Balbo cap.* 12. Dionyſ. Hal. *lib.* IV. *p.* 226. (2) Deinde & civitatibus quibuſdam jus civitatis datum, eaſque vocatas eſſe municipia. Ez. Spanh. *Orb. Rom. Ex.* I. 8. (3) Legem Juliam non ſub initium, ſed ſub finem belli ſocialis latam anno U C. 664. eaque non omnibus Italis civitatem datam, ſed iis, qui flagrante bello ſociali in fide manſerant. Appian. *de B. C. lib.* I. *p.* 379. Cicero *pro Balbo cap.* 21. Vellej. Pat. *lib.* II. *c.* 16. Reliqui enim paullo poſt lege Plautia jura civitatis accepere Cic. *pro Archia cap.* 4. Præter Lucanos & Samnites, qui anno 670. civitate donati. Epit. Liv. *lib.* LXXXIV. (4) Reliqua omnia accurate exſequutum eſſe Spanh. *in orbe Rom.* HEIN.

TITULUS SEXTUS.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

D. lib. 40. *Tit.* 9. *C. lib.* 7. *Tit.* 11.

Argumentum tituli.

IGitur quod *ex ſuperiore tit.* intelligi potuit, cum varii ſint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus eſt, ut omnes manumiſſi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumiſſorum omnium exæquatione nihil derogatum eſt legi Æliæ Sentiæ, quæ quibuſdam ex cauſis libertatem impediebat ; ſed quibus ex cauſis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iiſdem etiam

etiam nunc obſtat, quominus manumiſſi liberi fiant. Cauſæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehenſæ; quorum primo cavetur, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat; niſi forte ſervum unicum hæredis habendi gratia*: altero, *ne minoribus 20. annis aliter jus ſit manumittere, quam juſta cauſa apud conſilium approbata*. Et totidem ergo erunt ſuperioris regulæ exceptiones.

Textus.

Prius caput Legis Æliæ Sentiæ, de manumittente in fraudem Creditorum.

Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

Notæ.

Nihil agit) Igitur ita manumiſſi liberi non fiunt: & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id eſt, liberos fieri prohibet; ſicut in univerſum, quod lege prohibente fit, ipſo jure nullum eſt, *L. 5. C. de legib.* quod ſicubi legas libertatem revocari aut reſcindi, id minus proprie dictum accipe: vid. reſpectu actus manumiſſionis, qui in ſuſpenſo eſt, donec conſtet de fraude, & an creditores ſuo jure uti velint. Legem hanc latam eſſe Auguſti temporibus indicat Dio *lib.* LV. *p.* 557. Conſule *Indic. Leg. Rom.* Hotom. Conn. *lib.* II. *comm. c.* 5. Vinn. Bonæ frugis pleniora ſunt, quæ de hiſtoria hujus legis ſcripſit Henr. Noris *ad Cenotaph. Piſ. Diſſ.* III. *cap.* IX. Obſervandum, æque hac lege impeditam eſſe manumiſſionem in fraudem patronorum, Caj. *Inſt. lib.* I. *tit.* I. *§.* 6. Ulpian. *tit.* I. *§.* XV. Quod perperam e legibus XII. tab. derivat Oiſelius. Hein.

Commentarius.

Nihil agit) Nempe ergo ita manumiſſi liberi non fiunt; & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc eſt, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem.* 27. *qui & a quib. man.* ſicut in univerſum quicquid lege prohibente fit, ipſo jure nullum eſt, *l. non dubium* 5 *C. de legib.* Quamobrem cum legimus libertates per legem Æliam Sentiam reſcindi aut revocari, ut in *l.* 5. §. 2. *d. tit. l.* 1. *C. qui man. non poſſ.* hoc minus proprie dictum accipiemus, & reſpectu actus manumiſſionis, qui non continuo & ab initio ipſo jure nullus eſt, ſed ſuſpenditur donec conſtet, fraudati ſint creditores, nec ne: & ſi fraudati ſunt, utrum jure ſuo uti velint: nam ſi non ſint fraudati, aut fraudati jure ſuo non utantur, actus validus eſt, & manumiſſi retro liberi facti intelliguntur; ſi fraudati ſint & jure ſuo utantur, perinde habetur atque ſi nulla manumiſſio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta ſunt, ſcribit Paulus manumiſſos vi ipſa ſtatuliberos eſſe, *l.* 1. *de ſtatulib.* Ipſe autem manumiſſor & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare poſſunt, *l.* 5. *C. de ſerv. pig. dat. man. fac. l.* 3. *qui & a quib. man.* His addi poteſt & peculiaris ratio, quod libertas, quæ ſemel competiit, non revocatur, *§. ſemel.* 6. *hoc tit. l.* 9. §. 1. *de man. vind.* Ex quibus omnibus manifeſtum eſt, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus ſcribit, libertatem ipſo jure competere, ſed retractari. Alia longe ratio eſt edicti, *Quæ in fraud. cred.*

Textus.

De ſervo inſtituto cum libertate.

1. *Licet autem domino, qui ſolvendo non eſt, in teſtamento ſervum ſuum cum libertate hæredem inſtituere, ut liber fiat, hæreſque ei ſolus & neceſſarius, ſi modo ei nemo alius ex eo teſtamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres ſcriptus ſit, aut quia is, qui ſcriptus eſt, qualibet ex cauſa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia proviſum eſt, & recte. Valde enim proſpiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non eſſet, vel ſervum ſuum neceſſarium hæredem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus: aut hoc eo non faciente creditores res hæreditarias ſervi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.*

Notæ.

1. *Hæreſque ei ſolus*) Non tamen neceſſe eſt, ſolum hæredem ſcriptum eſſe, ſed neminem alium hæredem exiſtere, ne ex ſubſtitutione quidem, *l.* 57. *D. de hær. inſtitut.*

Injuria) Poſitum pro *ignominia*, nam ignominioſum bona cujuſquam propter æs alienum divendi: cujus rei teſtis locuples Cicer. *pro Quint. c.* 15. Igitur ratio exceptionis hæc eſt, ut actionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, potius derivetur in hæredem ſervum.

Commentarius.

In capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio, *niſi quis unum ex ſervis ſuis teſtamento liberum & hæredem eſſe juſſerit*, quod quamobrem a lege proviſum ſit, mox dicetur.

Hæreſque ei ſolus) Non quod neceſſe ſit, ſolum eum hæredem ſcriptum eſſe, ſed ſi plures ſcripti ſunt, ceteros deficere, & neminem alium hæredem exiſtere, ne ex ſecundo quidem gradu; utique libero homine ſubſtituto, *l. ſi is qui.* 57. *de hær. inſt.* nam ſi & alter ſervus ſecundo loco ſcriptus ſit, ſolus primo loco ſcriptus hæreditatem capiet, *l. qui ſolvendo* 60. *d. tit.* Quid ſi duo ſervi eodem gradu inſtituti? Invicem ſibi obſtant. Ceterum altero ante apertas tabulas

morituo, is qui ſupereſt, liber & hæres erit, *l.* 42. *& ſeq. eod.*

Neceſſarius) Ita dicitur, non quia hæreditatem adire cogitur: ſed quia ſive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus liber & hæres fit, §. 1. *inf. de har. qual. & diff.* ac proinde ipſo jure, ſicut ſui & neceſſarii hæredes, *arg. l. furioſus.* 63. *de acq. har.* Hoc tantum intereſt, quod prætor ſuis hæredibus poteſtatem facit abſtinendi ab hæreditate; neceſſariis non item, *l. neceſſariis* 57. *de acq. hared.*

Valde enim proſpiciendum erat) Ratio exceptionis ſatis juſta, videlicet ut famæ defuncti parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in hæredem ſervum potius derivetur: qui duplici de cauſa hoc æquo animo ferre debet: primum quia rem pretioſiſſimam & inæſtimabilem, libertatem, conſequitur; deinde quia, quicquid poſt mortem patroni ſui acquirit, id ſibi acquirit, non obnoxium creditoribus, ſi bonorum ſeparationem petierit, quam impetrare poteſt, ſi bona defuncti non attigerit, *d.* §. 1. *Inſt. de har. qual. & diff.* junct. *l.* 1. §. *ult. de ſepar.* Falluntur ergo qui ſcribunt, ſervum hæredem neceſſarium conveniri poſſe, ſi is poſtea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis ceſſerunt, §. *ult. inf. de act.*

Injuria) Hoc eſt ignominia, quamvis enim edicto prætoris de infamibus non notetur; oneratur tamen exiſtimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctioni & haſtæ publicæ ſubjiciuntur: cujus rei locupletem teſtem habemus Ciceronem *pro Quintio cap.* 15.

COMMENTARIUS

Nova humanitatis ratione) Primus Juſtinianus generaliter conſtituit, ut ſervus a domino ſimpliciter hæres inſtitutus & liber & hæres fiat, veterum quidem, ſed eorum paucorum ſententiam ſecutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. ſerv. har. inſt.* junct. *pr. inf. de har. inſt.*

Quum non ſit veriſimile) Nam qui vult conſequens, ut DD. hic notant, & in *l.* 2. *de juriſd.* etiam antecedens velle intelligitur, ſine quo ad illud conſequens perveniri non poteſt; eademque ratione haud dubie & Paulus & Atilicinus, quibus jam ante hæc ſententia placuit, uſi ſunt. Verum hæc ratio aliis non ſatis idonea viſa fuit, fortaſſis ideo quia cum libertas ſit aliquid majus & pretioſius ipſa hæreditate, abſurdum videatur per conſequentiam hæreditatis datæ libertatem ſervo deferre, rem longe majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius eſt & magis principale, a re minus digna, minuſque principali vires capiat, per *l. quod per manus* 10. *ff. de jure Codicill.* Conſtitutio Juſtiniani ad adſcriptitios, ſicubi ſunt, trahi poteſt: & ſic etiam ſi quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipſo & libertatem ei dediſſe cenſet D. Tulden. *in com. hic c.* 3. VINN. Fuere etiam, qui & libertatem datam præſumi oportere ajunt, ſi quis Turcam vel paganum baptizari jubeat. Sed docte hanc ſententiam ſingulari diſſertatione *de manumiſſione per baptiſmum* refellit Celeb. Thomaſius. HEIN.

TEXTUS.

De ſervo inſtituto ſine libertate.

2. *Idemque juris eſt, etſi ſine libertate ſervus hæres inſtitutus eſt. Quod noſtra conſtitutio non ſolum in domino, qui ſolvendo non eſt, ſed generaliter conſtituit, nova humanitatis ratione: ut ex ipſa ſcriptura inſtitutionis etiam libertas ei competere videatur: quum non ſit veriſimile, eum, quem hæredem ſibi elegit, ſi prætermiſerit libertatis dationem, ſervum remanere voluiſſe, & neminem ſibi hæredem fore.*

NOTÆ.

2. *Sine libertate*) Non libertate nominatim prohibita, ſed omiſſa, nulla facta mentione libertatis.

Noſtra conſtitutio) *L. pen.* C. *de neceſſ. ſerv. har. inſt.* junct. *pr. infr. de har. inſtit.*

Nova humanitatis ratione) Quia etſi ex veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipſum probaverant, nunquam tamen obtinuerant, ut *d. pr. inf. de har. inſtit.* Cujac.

TEXTUS.

Quid ſit in fraudem Creditorum manumittere.

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, ſolvendo non eſt; vel qui datis libertatibus deſiturus eſt ſolvendo eſſe. Prævaluiſſe tamen videtur, niſi animum quoque fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non ſufficiant: ſæpe enim de facultatibus ſuis amplius, quam in his eſt, ſperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id eſt, & conſilio manumittentis, & ipſa re, eo quod bona ejus non ſunt ſuffectura creditoribus.*

NOTÆ.

3. *In fraudem*) Deſcriptus hic locus eſt ex *l.* 10. *D. qui & a quib. man.*

Deſiturus eſt ſolvendo eſſe) Species hæc fit: Sempronius, qui mille in bonis habebat ac totidem debebat, ſervum in fraudem creditoris manumiſit: quo facto 50.

50. de bonis ejus deceſſerunt, ut jam creditores ſolidum conſequi nequeant. Q. an impediatur libertas R. impediri cum Cajo *in d. l.* 10.

Prævaluiſſe) Libertas non revocatur, niſi & fraudandi conſilium manumiſſor habuerit; & creditores re ipſa fraudentur, *d.l.*10.*l.*1.*C. qui man. non poſſ.* In fideicommiſſaria tamen libertate ſolus rei eventus ſpectatur, *l.* 4. §. 19. *in fin. D. de fideic. lib. l. ult. C. eod.*

COMMENTARIUS.

DEſiturus eſt ſolvendo eſſe) Deſcriptus hic locus eſt ex *l. in fraudem.* 10. *qui & a quib. man.* Nimirum quia lex Ælia Sentia ſimpliciter loquitur de debitore, qui ſolvendo non eſt, quæſitum eſt, an lex etiam ad eum pertineat, qui datis demum libertatibus deſiturus eſt ſolvendo eſſe, & placuit pertinere, *d. l.* 10. Ratio in promptu eſt quia ſolvendo eſſe nemo intelligitur, qui ſolidum, quod debet, ſolvere non poteſt, *l. ſolvendo* 114. *ff. de verb. ſign.* non poteſt autem, qui poſſe deſiit.

Prævaluiſſe) Niſi hæc duo concurrant, ut & fraudandi conſilium manumiſſor habuerit, & creditores eventu atque re ipſa fraudentur, libertas non revocatur, *d. l.* 10. *l.* 1. *C. qui man. non poſſ.* quod & ipſum procul dubio ex ſententia legis ſimpliciter loquentis acceptum eſt, non ratione aliqua ſpeciali & favore libertatis, ut putat D. Weſemb. ſed communi & ad revocationem ex edicto *Quæ in fraudem creditorum* etiam pertinente, de quo dicemus ad §. *item ſi* 6. *inf. de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare ſe & eventu fraudatos eſſe, & manumiſſorem animum fraudandi habuiſſe. Atque hic locus erit præſumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuiſſe docetur: qua de re conſulantur DD. hic & in *d.* §. 6. Ceterum hæc, quæ diximus, locum habent in libertate directo teſtamento data: in fideicommiſſaria autem ſolus rei eventus ſpectatur, l. 4. §. *ſi in fraudem.* 19. *in fin. de fideic. lib. l. ult. C. qui man. non poſſ.* An quia ubi res adhuc integra eſt, & ab alio ſervus manumittendus, facilius viſum eſt impediri libertatem? VINN. Probant plerique hanc rationem. Vid. B. Hub. *Diſp. jur. fundam.* IX. §. 10. HEIN.

De facultatibus ſuis amplius ſ[p]erant) Plerumque homo humani ingenii vitio rei modicus ſpei immodicus eſt: quod accidit frequenter his, qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus, quam ubi ipſi morantur, per inſtitores exercent, *d. l.* 10. *qui & a quib. man.* ex quo loco apparet, quod hic traditur, etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad teſtamentarias duntaxat, ut male poſt alios Schneid.

TEXTUS.

Alterum caput Legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam ſi vindicta apud conſilium, juſta cauſa manumiſſionis approbata fuerint manumiſſi.*

NOTÆ.

4. *Domino*) *l.* 4. §. *ult.* & paſſim *D. de manum. vind.* Providere lex voluit, ne temere & ſine certo animi judicio ſervi libertate & civitate donarentur.

Apud conſilium) Adhibebantur in conſilium Romæ 5. Senatores, & 5. Equites, in provinciis 20. recuperatores cives Rom. Ulp. *tit.* 1. §. 8. Theophil. *hic*. In notis D. C. S. *de conſilii ſententia*, Grot. *in ſparſ. Flor.* Exercere conſilium non poteſt, cui mandata eſt juriſdictio *l.* 2. *D. de off. ejus cui mand. juriſd.* unde apparet magiſtratum non habuiſſe jus exercendi conſilium vi ſuæ juriſdictionis, *arg. l.* 1. *pr. d. t.* VINN. Conſilium ergo Romæ conſtituerunt Decemviri ſtlitibus judicandis. V. C. Ger. Noodt, *de Juriſd. lib.* 1. *cap.* 12. In provinciis frequens mentio του συμβυλιυ; cujus & in ſacris mentio fit *Act.* XXV. 12. HEIN.

COMMENTARIUS.

ALterum caput legis Æliæ Sentiæ fuit; *Minori bus* 20. *annis non aliter manumittere jus eſto, quam cauſa juſta apud conſilium approbata*, *l.* 1. *de manum. l.* 11. *& ſeqq. de man. vind.* Providere lex voluit; ne temere & ſine certo animi judicio ſervi libertate & civitate donarentur.

Quam ſi vindicta) Legendum cum D. Hotom. ex auctoritate librorum veterum. *Quam ſi dicta apud conſilium juſta cauſa manumiſſionis, approbata fuerit manumiſſio*, & ita Theoph.

TEXTUS.

Quæ ſunt juſtæ cauſæ manumiſſionis.

5. *Juſta autem cauſa manumiſſionis ſunt veluti ſi quis patrem aut matrem, filium, filiamve, aut fratres, ſororeſve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut ſervum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi cauſa: dum tamen intra ſex menſes in uxorem ducatur, niſi juſta cauſa impediat: & ſervus, qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & ſeptem annis manumittatur.*

NOTÆ.

5. *Si quis patrem &c.*) Finge, filium, cum eſſet una cum parentibus naturalibus in ejuſdem domini poteſtate, hæredem a domino inſtitutum eſſe, hic filius, ut ceterarum rerum defuncti, ita & parentum ſuorum dominus efficitur. Juſtiſſimam autem eos ma-

manumittendi cauſam habet, & ita porro.

Alumnum) Quod fere in mulieribus uſu venit: ſed tamen in viris etiam receptum, *l. 14. D. de man. vind.*

Procuratoris) Plerique de procuratore ad negotia hunc locum accipiunt, Cujac. de procuratore ad judicia, ut & Fabrot. Bachovius de utroque, cui aſſentior.

Intra ſex menſes) Et exigitur prius jusjurandum, *l. 13.*

Juſta cauſa impediat) Veluti ſi patronus ſenator fiat. *l. 23. D. de rit. nupt.*

Decem & ſeptem) In *d. l. 13.* eſt *decem & octo.* Sed illic, qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hoc loco non minor XVII. qui implevit XVII. Cujac.

COMMENTARIUS.

HÆc deſumpta ſunt ex *l. juſta. 9. l. ſi minor. 11. & aliquot ſeqq. de man. vind. l. matrimonii. 21. qui & a quib. man.*

Procuratoris) Arbitror in genere hanc manumiſſionis cauſam juſtam fuiſſe, etiamſi minori 20. annis ſpeciatim opus non eſſet procuratore ad judicium; ſcilicet ut liber factus ſervus tanto commodius officium procuratoris exercere tam in judicio, quam extra judicium, poſſet. Itaque neque Cujacio aſſentior, qui *lib.* XXII. *obſ.* 16. locum hunc accipit de procuratore ad judicium tantum, (neque enim ſatis juſta cauſa videtur, ut quis ob unam forte litem perſequendam ſervum ſuum manumittat) nec DD. vulgo, qui de procuratore ad negotia duntaxat: quaſi minor 25. annis alienæ litis procurator eſſe neutiquam poſſit; quod falſum eſt, *l. cum mandato 23. de minorib.* Sane ad defendendum minor 25. annis procurator idoneus non eſt, *l. minor 51. de procur.* VINN. Sed quum ad id, ut quis alterius negotia extra judicium procuret, nec libertate, nec XVII. annorum ætate opus ſit, arg. *l. 7. §. 1. 2. & l. 8. ff. inſtit. act.* magis eſt, ut de judiciali tantum procuratore loqui Imperatorem, cum Cl. Voetio exiſtimemus. HEIN.

Matrimonii habendi) Verbum *habendi* delendum eſſe, nemo, qui modo Latine ſciat, negare poterit; nec in aliis reperitur, ut neque in *l. 20. §. 2. hoc tit.* nec in *l. 13. de man. vind* nec Theophil. agnoſcit.

TEXTUS.

De cauſa ſemel probata.

6. *Semel autem cauſa approbata, ſive vera ſit, ſive falſa, non retractatur.*

COMMENTARIUS.

6 EX *l. 9. §. 1. de man. vind.* Ratio eſt, quia lex Ælia Sentia non cauſam exigit nominatim, ſed cauſæ dictionem: & hoc eſt, quod Marcian. ait in *d. l. 9. §. 1.* cauſæ probationis contradicendum eſſe, non etiam cauſam approbatam retractandam.

TEXTUS.

Abrogatio poſterioris capitis Legis Æliæ Sentiæ.

7. *Quum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam conſtitutus eſſet, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet teſtamentum facere, & in eo ſibi heredem inſtituere, legataque relinquere poſſet, tamen ſi adhuc minor eſſet viginti annis, libertatem ſervo dare non poſſet. Quod non erat ferendum, nam cui totorum ſuorum bonorum in teſtamento diſpoſitio data erat, quare non ſimiliter ei, quemadmodum alias res, ita & de ſervis ſuis in ultima voluntate diſponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis poſſit præſtare? Sed quum libertas inæſtimabilis res ſit, & propter hoc ante vigeſimum ætatis annum antiquitas libertatem ſervo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in teſtamento dare ſervo ſuo concedimus, niſi decimum ſeptimum annum impleverit, & decimum octavum attigerit. Quum enim antiquitas hujuſmodi ætati & pro aliis poſtulare conceſſerit: cur non etiam ſui judicii ſtabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam ſervis ſuis poſſint pervenire?*

NOTÆ.

7. *Libertas inæſtimabilis res*) Servum tamen libertate donare non eſt inæſtimabile domino, & alia haud dubie ratio legis Æliæ Sentiæ fuit; & hæc nimirum, quod ſervi minoribus dominis facile blandis verbis aut aliis artibus perſuadere poſſunt, ut ſe manumittant, vel pro turpis alicujus obſequii remuneratione, *l. 2. C. ſi adv. lib. l. 16. C. de lib. cauſ.*

Mediam viam) Hinc inferunt poſſe quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere; utique hoc facere ſolent prudentes, ubicumque eſt ταραξις, id eſt perplexa quæſtio, *l. 9. D. ut leg. nom. cav. l. 40. D. de her. inſtit.* videndum tamen ſemper, quid ſuadeat ratio juris.

Pro aliis poſtulare) *l. 1. D. de poſtul.* Collectio tamen hæc minus bona eſt; adoleſcens ingreſſus annum XVIII. poſtulare poteſt, ergo & ſervum ſuum manumittere; ſunt enim hæc plane diverſa.

COMMENTARIUS.

NAM cui totorum) Argumentatur a majori ad minus κατασκευαστικως, cui quod plus eſt, ei

non debet, quod minus eſt, non licere, *l.* 21. *de reg. jur.*

Quum libertas inæſtimabilis res ſit) Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuiſſe exiſtimo, nempe quod ſervi junioribus dominis facile blandis verbis aut aliis artibus perſuadere poſſunt, ut ſe manumittant, *arg.* §. 4. *ſup. eod.* vel pro turpis alicujus obſequii compenſatione. Eſt quidem libertas res inæſtimabilis, & ipſi ſervo οὐδὲν τιμιώτερον ἐλευθερίας: at ſervum libertate donare, non eſt inæſtimabile domino, cui longe plus eſt, poſſe aliquem hæredem inſtituere, prædium legare, quam ſervo viliſſimi pretii dare libertatem: licet ipſi ſervo majus ſit, libertatem accepiſſe, quam hæreditatem aut prædium.

Ideo nos mediam viam eligentes) Hinc inferunt, poſſe quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. XVII. *obſ.* 21. Theſſaur. *deciſ.* 19. Boer. *deciſ.* 239. Et ſane cauſa anceps per mediocritatem optime dividitur, etiam Paulo teſte in *l. filio.* 7. *ut legat. nom. cav.* Sic cum de dominio ſpeciei ex aliena materia factæ diſſenſio inter Sabinum & Proculum eſſet, Cajus in *l.* 7. §. *cum quis* 7. *de acq. rer. dom.* mediam ſententiam ſecutus eſt, eamque Probavit Juſtinianus §. *cum ex aliena.* 25. *inf. de rer. div.* Et Tiberius Cæſar, cum ſervus ejus Parthenius tanquam ingenuus hæres ſcriptus eſſet; cum ſubſtituto Parthenii hæreditatem diviſit, *l. & hoc* 41. *de hær. inſt.* §. *ult. inf. de vulg. ſubſt.* Videndum tamen ſemper eſt, quid ſuadeat ratio juris.

Niſi 17. annum) Jure noviſſimo permittitur non minus libertates, quam res alias teſtamento relinquere ea ætate, qua teſtamentum facere permiſſum eſt maſculis nimirum anno ætatis quartodecimo, fœminis duodecimo. *Nov.* 119. *c.* 2.

Pro aliis poſtulare) Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati ſunt ad prodeundum in publicum & cauſas agendas: atque hac ætate & paulo majore fertur Nerva filius publice de jure reſponſitaſſe, *l.* 1. §. 3. *de poſtul.* Eſt autem, ſi libere philoſophandum eſt, vitioſa hæc collectio; Adoleſcens annum ingreſſus 18. pro alio poſtulare poteſt; ergo & ſervum ſuum teſtamento manumittere; ſunt enim hæc plane diverſa. Ne pigeat in tranſitu diſcere, pueros ingenuos uſque ad annum ætatis decimum ſextum prætexta puerili toga uſos fuiſſe, ingreſſoſque annum decimum ſeptimum puram, quæ & virilis dicitur, ſumſiſſe: quo fere anno ad oratorem aliquem deducebantur, quicum in forum deſcendentes annum unum patronos audiebant; quo aſſiduis auſcultationibus confecto, cauſas ipſi agere, tanquam jam informati & non omnino rudes inſtituebant: funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur: nam Auguſtus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudaſſe traditur, Sueton. *in Aug. c.* 8. add. Car. Sigon. *lib.* III. *de judic. c.* 18. Hotom. *hic.* Vinn. Immo anno ætatis XV. expleto, togam virilem ſumſiſſe adoloſcentes, eleganter & cum adparatu demonſtravit Henr. Noriſ. *Cenotaph. Piſan. Diſſ.* 2. *c.* 4. Hein.

Titulus Septimus.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Conc. Lib. 7. Cod. Tit. 3.

Textus.

Lege Fuſia Caninia certus modus conſtitutus erat in ſervis teſtamento manumittendis; quam quaſi libertates impedientem, & quodammodo invidam, tollendam eſſe cenſuimus: quum ſatis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam ſuam familiam libertate donare, niſi alia cauſa impediat libertatem: morientibus autem hujuſmodi licentiam adimere.

Notæ.

Lege Fuſia Caninia) Lata hæc lex Auguſti temporibus, ut ex Suetonio intelligimus *c.* 40. ubi & ratio legis indicatur, ne ſc. conceſſa libera teſtamento manumittendi poteſtate libertis & ſordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur, ſuſtulit eam Juſt. *l. un. Cod. hoc. tit.*

Certus modus) Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret, Ulp. *tit.* 1. Caj. *lib.* 1. *tit.* 2. Paul. IV. *ſent.* 14. Apud Vopiſcum *Tacit. cap.* 10. legimus, Tacitum Imperatorem in teſtamento ſuo intra Caniniam manſiſſe. Vinn. Nihil de teſtamento Vopiſcus. Videtur potius Tacitus ſervos urbanos inter vivos manumiſiſſe, & quum ultra centum non liberaſſet, exiſtimaſſe Vopiſcus, eum lege Fuſiæ Caninia impeditum fuiſſe, quaſi ea lex ad manumiſſos inter vivos pertineret. Qua in re tamen magis forſan erravit Vopiſcus quam Tacitus Imp. Hein.

Commentarius.

Certus modus) Id eſt, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat, vid. Ulp. *tit.* 1. Cajum *lib.* II. *tit.* 1. Paul. IV. *ſent.* 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio in *Aug. c.* 40. intelligimus, ne conceſſa libera teſtamento manumittendi poteſtate, libertis & ſordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur. Vinn. Conferendus locus Dionyſii Halic. *lib.* IV. *p.* 228. de libertis pileatis patroni defuncti lecticam comitantibus. Ubi vera cauſſa legis ea de re latæ. Hein.

Teſta-

Teſtamento) Cur non etiam inter vivos? nimirum quia & ſine eo ſcopum ſuum lex aſſequitur. Nam metuendum non eſt, ut vivi & valentes tam profuſe liberales ſimus, ut ea faciamus, quæ mox morituri; cum rebus noſtris jam non amplius uti nos poſſe credimus, liberalitatis laudem tum maxime venantes. Pertinet huc inſignis locus apud Dionyſ. Halicarn. *lib.* IV. *p.* 228. ubi ſcribit, *Multos ſe vidiſſe, qui profuſa honoris ambitione omnes ſervos ſuos teſtamento vel flagitioſiſſimos manumitterent, ut pileati funus ſequerentur.* Atque hic fere mos eſt legiſlatorum ut ea ſola prohibeant, quæ facile fieri poſſe exiſtimant, non quæ difficulter, *l.* 4. *in fin. ad Sen. Vell.* ubi hæc eadem ratio redditur, cur ſenatus interceſſionem mulieris prohibuerit, non donationem, & videmus, quo facilius quid fieri poteſt, quod lex fieri non vult, eo ſtrictius id vetari: ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari vetat invita muliere, obligari etiam ea conſentiente, *inſ. quib. al. non lic. in pr.*

Totam familiam) Id eſt, ut Theophil. vertit, *παντας τους οικετας, omnes ſervos*. Servos enim unius domini familiam veteres frequenter appellant, ut in *tit. ſi fam. furt. fec. l.* 9. *de juriſd. l. illud* 32. *in pr. ad leg. Aq. l. optio* 13. *de opt. leg. l. pronuntiatio* 195. §. *ſervitutum* 3. *de verb. ſign.* atque in urbanam & ruſticam dividunt, *l. urbana* 166. *eod.* Alias pleraſque hujus vocis ſignificationes habes in *d. l. pronuntiatio*.

Alia cauſa impediat) Puta ſi manumiſſor ſolvendo non ſit, vel minor decem & ſeptem annis.

Morientibus adimere) Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque κατασκευαστικη. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet D. Præſes Everhard. Claud. Cant. *in top.* & Mynſ. *hic.* Certe non procedit, ſi legis Fuſiæ ſpectemus rationem. Quæ hæc eſt, quod facilius in teſtamento manumittimus, quam inter vivos. *l.* 4 *in fin. ad Senat. Vell.*

Titulus Octavus.

DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Conc. D. Lib. 1. *Tit.* 6.

Textus.

Altera diviſio perſonarum.

Sequitur de jure perſonarum alia diviſio. Nam quædam perſonæ ſui juris ſunt; quædam alieno juri ſubjectæ. Rurſus earum, quæ alieno juri ſubjectæ ſunt, aliæ ſunt in poteſtate parentum, aliæ in poteſtate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri ſubjectæ ſunt. Nam ſi cognoverimus, quænam iſtæ perſonæ ſunt, ſimul intelligemus, quæ ſui juris ſunt, ac prius inſpiciamus de his, quæ in poteſtate dominorum ſunt.

Notæ.

Alia diviſio) Ex Cajo *l.* 1. *D. hoc t.* Hac diviſione perſonæ ſuperiore diviſione ſecretæ iterum in unum coguntur, quia de vi & effectu dominicæ poteſtatis adhuc erat cognoſcendum.

In poteſtate) Varia eſt hujus vocis ſignificatio, *l.* 215. *D. de verb. ſign.* hic ſummam ſignificat, ακραν εξουσιαν, ut definit Theophilus.

Commentarius.

PRoponitur hic ex Cajo *l.* 1. *hoc tit.* alia perſonarum diviſio: ſed non ſine vitio. Primum quia hæc ex ſumma illa, quæ *ſup. tit.* 3. tradita eſt, non deducitur; deinde quia de ſervis jam ante intellectum eſt, eos omnes eſſe juris alieni, ut nihil neceſſe fuerit rem eandem inculcare. Rectius feciſſent Compoſitores, ſi hic omiſſis ſervis, quorum omnium eadem conditio eſt, liberorum hominum differentias, ſicuti inſtituerant §. *ult. dict. tit.* 3. porro perſecuti eſſent, eoſque ſubdiviſiſſent in eos, qui ſui, & qui alieni juris ſunt, aut potius in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. *l.* 4. *h. tit.* Excuſantur tamen, quod cum de vi & effectu dominicæ poteſtatis adhuc cognoſcendum erat, ſecretas ſuperiore diviſione perſonas in unum iterum coegerint.

Simul intelligemus) Ratio ex hoc principio logico petenda: *Contrariorum cognito uno, cognoſcitur & alterum*. Ariſtot. 1. *Top.* 14. & 11. *c.* 2. Cic. *in Top. &* II. *de orat.* Non quod explicata & cognita una ſpecie generis diviſi ſtatim accurate cognoſcamus naturam ſpeciei oppoſitæ: ſed quod illa cognita intelligimus cetera, quæ ſub genere comprehenſa ſunt, ad ſpecies oppoſitas pertinere. Nam illud tantum in univerſum verum eſt, unum oppoſitum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppoſitum eſt, quo pertinet illud Ariſt. 11. *Rhet. c.* 12. τα εναντια παραλληλα μαλιστα φαινεται.

Textus.

De jure gentium in ſervos.

1. *In poteſtate itaque dominorum ſunt ſervi, quæ quidem poteſtas juris gentium eſt, nam apud omnes peraque gentes animadvertere poſſumus, dominis in ſervos vitæ neciſque poteſta-*

ſtatem fuiſſe: & quodcunque per ſervum acquiritur, id domino acquiri.

Commentarius.

1. *Jus vitæ & necis neque omnes gentes uſurpaſſe, neque juſtitia interna licere ſervum occidere.*

1 Ex quo jure ſervitus eſt, ex eodem & dominorum in ſervos poteſtatem eſſe, nemo eſt qui ambigat. Ceterum quod hic ex Cajo *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Juſtinianus refert, apud omnes gentes ſummum illud jus vitæ & necis in ſervos uſurpatum fuiſſe, de majore parte accipiendum eſt, deque eo, quod impune in ſervos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc uſurpatum non fuiſſe, ſed ſervos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, Hiſpanos, ipſoſque adeo Græcos, teſtes ſunt Juſtin. *lib.* XLI. 2. Tacit. *de morib. Germ. cap.* 25. Athenæus *lib.* VI. Bodin. 1. *de repub.* 5. Grot. III. *de jure bell. & pac.* 14. Et agnoſcunt omnes, multum diſtare id, quod impune in ſervum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri ſinit. *Cum in ſervum*, inquit Seneca 1. *de Clem.* 18. *omnia liceant, eſt aliquid, quod in hominem licere commune jus vetet.* Et paulo ante; *In mancipio*, ait, *cogitandum, non quantum illud impune pati poſſit, ſed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et vero ſi natura inter omnes homines cognationem quandam conſtituit; *l.* 3. *de juſt. & jur.* conſequens eſt, hominem in hominem ſævire, nefas eſſe: ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis ſervum, hominem tamen occidere aut crudeliter tractare. Apoſtoli dictum eſt; *Domini jus & quod æquum eſt, ſervis præſtate, gnari, vobis quoque dominum eſſe in cælo. ad Coloſſ.* IV. *verſ.* 1. Vinn. Hæc quidem omnino recte ſe habent. Sed nunquam tamen veteres Dominis permiſiſſe puto promiſcuam ſervos occidendi licentiam. Ea Dominis ob jus vitæ & necis non magis competebat, quam ſummo imperanti, cui jus vitæ & necis eſt, non tamen occidendi vel ſæviendi licentia. Nec plus periculi erat, ne Dominus ſervos ſuos ſine ratione occidere vellet, quam ne quis equos occidat. Servi enim erant nobiliſſima pars patrimonii. Hein.

Quodcunque per ſervum acquiritur) Hoc ut rationi juris gentium convenit, (nam qui in aliena non tantum poteſtate, ſed etiam dominio eſt, nihil proprium habere poteſt, de quo plenius in §. *item vobis* 3. *inf. per quas perſ. cuiq. acq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet; quoniam dominus viciſſim ad alimenta ſervo præſtanda obligatus eſt.

Textus.

De Jure Civium Romanorum in ſervos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui ſub imperio noſtro ſunt, licet ſine cauſa legibus cognita in ſervos ſuos ſupra modum ſævire. Nam ex conſtitutione Divi Antonini, qui ſine cauſa ſervum ſuum occiderit, non minus puniri jubetur, quam ſi alienum ſervum occiderit. Sed & major aſperitas dominorum ejuſdem Principis conſtitutione coercetur. Nam Antoninus conſultus a quibuſdam Præſidibus Provinciarum de his ſervis, qui ad ædem ſacram, vel ſtatuam Principum confugiunt, præcepit, ut, ſi intolerabilis videatur ſævitia dominorum, cogantur ſervos ſuos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur, & recte: expedit enim reipublicæ, ne ſua re quis male utatur. Cujus reſcripti ad Ælium Martianum miſſi verba ſunt hæc:* Dominorum quidem poteſtatem in ſervos illibatam eſſe oportet, nec cuiquam hominum jus ſuum detrahi. Sed & dominorum intereſt, ne auxilium contra ſævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juſte deprecantur. Ideoque cognoſce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad ſacram ſtatuam confugerunt, & ſi vel durius habitos, quam æquum eſt, vel infami injuria affectos eſſe cognoveris, venire jube, ita ut in poteſtatem domini non revertantur. Quod ſi meæ conſtitutioni fraudem fecerit, ſciat me hoc admiſſum adverſus ſe ſeverius executurum.

Notæ.

2. *Sine cauſa*) Deſcripta hæc partim ex *l.* 1. §. 2. partim ex *l.* 2. *D. hoc tit.*

Non minus puniri) Hoc ſignificat, qui ſervum ſuum ſine cauſa occidit, tam reum eſſe homicidii, quam ſi alienum occidiſſet, & teneri publico judicio legis Corneliæ de ſicariis; neque enim privato judicio legis Aquiliæ locus eſt, ubi ſibi quis damnum infert.

Major aſperitas) Modica tantum caſtigatio dominis permittitur, *l. un. C. de emend. ſerv.* adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia, juxta illud in conſtitutionibus Clementis Romani, ουκ επιτάξεις δυλῳ σου, η παιδισκη, εν πικρια ψυχης. Grotius ubi ſup.

Ædem ſacram) Fana ethnicis pro aſylis erant. Apud Plaut. *Rudent. Act.* II. *ſc.* 7. Virgines duæ Veneris fano ſeſe adverſus lenonis vim tuentur. Tac. III. *annal. cap.* 60. *Complebantur templa peſſimis ſervitiorum, &c.* Sublato Paganiſmo idem jus ασυλιας templis Chriſtianorum tributum; *tit. C. de his qui ad eccleſ. confug. Nov.* 17. Hæc verba, *ad ædem ſacram*, non ſunt apud Ulp. Rufini *tit.* 3. nec in *d. l.* 2. *hoc tit.* nec Theophilus habet. Vinn. Rufini Ulpianus, quod ſemel monendum, Vinnio eſt fragmentum Ulpiani apud pariatorem legum Moſ. & Rom. *tit.* 3. §. 3. Sed Licinnium Rufi-

Rufinum hujus collationis auctorem eſſe, nondum conſtat. Hein.

Statuam principum) Statuæ quoque principum his, qui ad eas confugiſſent, aſyla fuerunt, *l. un. C. de his qui ad ſtat. princ.* Judæorum populo ſex civitates conſtitutæ erant, quo tuto confugerent, qui ακυσιως ſanguinem effudiſſent. *Num.* xxxv. *verſ.* 11. *Deut.* xix. *Joſ.* xx. *verſ.* 2. & 3.

Bonis conditionibus) Juſto pretio ut in *l.* 12. *D. de relig.* Et ne dominus infenſus duriores conditiones adjiciat, veluti ut ne manumittantur, ut tanquam fugitivi in vinculis habeantur. Th. & *l.* 25. *de ſtatulib.*

Expedit reip.) Hæc ſententia eſt apud Soſipatrum. Poteſt quis etiam abuti re ſua, *l.* 25. §. 11. *D. de her. pet.* ſed tamen providendum, ne privati fortunis ſuis abutendo noceant publico.

Dominorum intereſt) Alia ratio decidendi: ne, ſi ſervi nullum ſibi contra dominorum ſævitiam auxilium paratum eſſe ſciant, aut manus ſibi inferant, aut in perniciem domini aliquid moliantur.

Severius executurum) Pro qualitate ſcilicet delicti extra ordinem in ipſum animadverſurum: nam certa pœna hic definita non eſt. Weſ.

Commentarius.

1. *Etiam circa minores pœnas in ſervos oportere adhiberi æquitatem.*
2. *Sicariis, adulteris, raptoribus, & ſimilium criminum reis, jus aſyli dandum non eſſe.*
3. *Poteſtatem quam dominus in re ſua habet, lege civili poſſe reſtringi.*

1 Refert hic Juſtinianus ex Cajo & Ulpiano *l.* 1. & *l.* 2. *h. tit.* Antoninum Pium modum poſuiſſe poteſtati dominicæ, qua plerique immoderate utebantur: quæ hujus poteſtatis moderatio ad jus naturæ, ſive internam juſtitiam, jus illud exterius retraxit.

Sine cauſa) Nam ex cauſa licet: puta ſi ſervum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere jus ſit. Vinn. Veluti ſi Dominus ſervum ſibi inſidiantem, vel in adulterio deprehenderit. *l.* 53. §. 3. *ff. de leg.* 1. *l.* 96. *ff. de V. S.* juncto §. 2. *Inſt. de lege Aquil.* & *l.* 24. *ff. ad L. Jul. de adulteriis.* Hein.

Non minus puniri jubetur) Hoc eſt, publico judicio legis Corneliæ de ſicariis non minus obnoxius eſt & reus homicidii, quam ſi alienum ſervum occidiſſet: nam lex Cornelia non diſtinguit, quis homo occiſus ſit, *l.* 1. §. 2. *ad leg. Corn. de ſicar.* Utique privatum Aquiliæ judicium locum habere non poteſt, cum quis ſibi damnum, non alii infert.

Major aſperitas) Modica autem caſtigatio dominis permittitur, *l. un. C. de emend. ſerv.* & tamen etiam circa pœnas minores, puta verbera, in ſervos adhibenda eſt æquitas, imo & clementia. In conſtitutionibus, quæ Clementi Romano adſcribuntur, legimus, ουκ επιταξεις δουλῳ σου, η παιδισκη, εν πικριᾳ ψυχης. *Non opprimes ſervum, non dominaberis ei dure*, ait lex divina de ſervo Hebræo *Deut.* xv. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes ſervos debet extendi. Et Apoſtolus *ad Epheſ.* vi. dominis imperat, *ne cum ſervis minaciter agant*, eo argumento, *quod & ipſi Dominum in cœlis habeant, qui ad talia qualitatum diſcrimina non attendat.* Sed & operæ cum modo exigendæ ſunt, & valetudinis ſervorum humane habenda ratio: quod ipſum præter alia ſpectat lex divina in Sabbati inſtitutione, nimirum, ut laboribus aliquod daretur ſpiramentum. C. Plin. *lib.* v. *epiſt.* 19. ſic ad Paulin. ſcribit *Video quam molliter tuos habeas, quo ſimplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Eſt mihi ſemper in animo Homericum illud:* πατηρ ὡς, ηπιος ηεν. & *hoc noſtrum paterfamilias:* In qua voce & Seneca veterum humanitatem obſervat; *Ne illud quidem videtis*, inquit, *quam omnem invidiam majores noſtri dominis, omnem contumeliam ſervis detraxerint. Dominum patremfamiliæ appellaverunt; ſervos, familiares. epiſt.* 47. Plura hujuſmodi habet Grot. *lib.* 11. *de jur. bell. & pacis c.* 14.

Ad ædem ſacram) Ad fana ſeu templa Deorum, quo confugientes aras & ſigna Deorum amplecti ſolebant. Plaut. *Moſtell. act.* v. *ſcen.* 1. & *Rudent. act.* 11. *ſcen.* 7. Virg. 11. *Æneid.* eodemque & obærati adverſus creditores, ſuſpectique criminum capitalium receptabantur. Tacit. 111. *annal. cap.* 60. & quia ab his locis neminem eripere fas erat, ideo ασυλα dicta ſunt. ſublato Paganiſmo, Impp. Chriſtiani idem jus etiam templis Chriſtianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui ad eccl. conf.* ſed levioris tantum delicti ſuſpectos recipi voluerunt, 2 non ſicarios, adulteros, raptores, aut ſimilium criminum reos; neque τοις αδικουσιν, αλλα τοις αδικουμενοις, jus aſyli dari. *Nov.* 17. *c.* 7. *Nov.* 37. convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abſtrahi, atque iis ſolum aſyliam dari, qui ακουσιως ſanguinem effuderint. *Exod. c.* xxi. *verſ.* 13. & *ſeq. Num.* xxxv. *verſ.* 6. & 11. *Joſ. c.* xx. *verſ.* 2. & 3. Cui etiam convenit, quod Thucydides *lib.* iv. ſcribit, των ακουσιων αμαρτηματων καταφυγην ειναι τους βωμους. Jure tamen canonico, remotis ſolis nocturnis populatoribus agrorum, & publicis latronibus, ceteri cujuſcunque facinoris rei, immunitate eccleſiarum gaudent, *c. inter alia*, 6. & *c. fin. de immun. eccleſ.* Quam Pontificum ſanctionem non immerito jam olim improbavit Ferrarienſ. *in forma inquiſ. in pr. num.* 31. ubi ſcribit, hæc jura canonica facta eſſe ſine ratione ad beneplacitum, imo contra jus divinum, quo cautum eſt; *Domus mea domus orationis vocabitur: vos autem feciſtis eam ſpeluncam latronum &c.* In Colonienſi editione anno 1590. hæc & ſimilia Cyni, quæ eodem loco citat Ferrarienſ. conſulto expunxit cenſor.

Ad ſtatuam Principum) Statuæ etiam Principum his, qui ad eas confugiſſent, aſyla fuere, *l.* 1. §. 1. *de offic. præf. urb. l. un. C. de his qui ad ſtat. princ. conf.* quæ ſtatuarum veneratio ſane antiqua eſt. Meminit Livius *lib.* xxiii. *cap.* 10. ſtatuæ Ptolomæi regis apud Cyrenas, ad quam cum quidam Decius Magius Campanus, qui a Pœnis vinctus Carthaginem ducebatur, confugiſſet, manus hoſtium evaſerit. Plura de ſtatuis & imaginibus Principum vide apud Briſſon. iv. *antiq.* 11.

Cogantur ſervos ſuos) Apud Græcos quoque ſervis durius habitis licebat πρασιν αιτειν, ad venditionem proclamare, teſte Plutarch. περι δεισιδαιμ. aut certa pecunia ſe redimere, ut ex Plauti Caſina diſcimus, quæ Comœdia Attica eſt. Simile exemplum extat in *l. ult. ſi a par. quis man.* de patre, qui filium, quem contra pietatem male afficiebat, manumittere cogitur.

Bo-

☞ *Vide notam cenſoriam in Monito ad Lectorem num.* 1.

Bonis conditionibus) Juſto pretio: item ne gravis conditio venditioni a Domino ſervis infeſtiore apponatur, veluti, ut ne manumittantur, ut Italia exportentur, in vinculis ſemper habeantur. Theophil.

Vendere) Nemo rem ſuam vendere cogitur, *l. invitum* 11. *C. de cont. empt.* ac ne juſto quidem pretio, *l. 9. de act. rer. am.* niſi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis eſt exceptio. Cauſæ impulſivæ variæ eſſe poſſunt, veluti, ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites, & maxime negotiatores, frumentum atque alia edulia juſto pretio vendere *per l. 1. §. cura 11. de off. præf. urb. l. annonam 6. de extraord. crim.* In ſervis hic eſt juſta deprecatio auxilii contra ſævitiam dominorum. Eſt & favor libertatis, *§. ult. inſ. de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in ſpecie *l. 12. in fin. de religioſ.*

Pretium dominis daretur) Obſervandum etiam tunc, cum quis ex juſta cauſa rem ſuam alienare cogitur, pretium ei reddendum eſſe.

Expedit enim reipub.) Eſt quidem unuſquiſque rei ſuæ moderator & arbiter, *l. in re mandata 21. C. mand.* in tantum ut ea etiam abuti poſſit, *l. ſed etſi 25. §. conſuluit 11. de hær. pet.* Ceterum intereſt reip. huic arbitrio modum a lege præſcribi, ne privati fortunis ſuis abutendo, publico noceant. Accedit hic conditio perſonæ, quæ licet fortuna ſervus, homo tamen eſt, & jure naturæ domino æqualis. Nimirum Reip. inſtitutio id ſecum fert, ut dominium quoddam habeat ſuperius ſingulorum dominio, ad neceſſitates, aut utilitates publicas, quod Grotius *lib. 11. de jur. bell. & pac. c. 2.* & *in flor. ſparſ. ad l. Barbarius 3. de off. præt.* appellat dominium eminens, & in hanc ſententiam egregie diſputat Plato *lib. 11. de legib.* Hinc eſt, quod Princeps etiam de bonis ſubditorum diſponere poteſt, dirigendo eorum uſum ad publicam ſeu communem utilitatem. Qua de cauſa etiam perſæpe poteſtas, quam quiſque dominus in re ſua habet, lege civili reſtringitur ac terminatur.

Nec cuiquam hominum jus ſuum detrahi) Ratio dubitandi in hoc reſcripto. Unde intelligimus, ne a Principe quidem poſſe cuiquam jus ſuum ſine cauſa detrahi; de quo vid. Hotom. *illuſtr. quæſt. c. 1.*

Sed & dominorum intereſt) Alia decidendi ratio præter eam, quæ ſupra poſita eſt, ad ipſos dominos pertinens; ne videlicet ſervi, ſi nullum ſibi contra ſævitiam auxilium paratum eſſe ſciant, aut aufugiant, aut manus ſibi afferant, aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Ceterum ex iis, quæ ſupra diſputavimus, abunde liquet, opus non eſſe, ut cauſa coercendæ dominicæ poteſtatis, ſummo gentium jure conceſſæ, aliunde petatur, quam ex eo, quod ratio naturalis fieri ſinit, a qua longe abit abſoluta illa & infinita poteſtas, quam pleræque gentes & cum his Romani uſurparunt.

TITULUS NONUS.

DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. Cod. Tit. 47.

Continuatio & argumentum tituli.

SEquitur pars altera diviſionis initio ſuperioris tituli traditæ, ad eos pertinens, qui ſunt in poteſtate patria. Poteſtas hæc tribus modis conſtituitur, juſtis nuptiis, legitimatione, adoptione. Nuptiæ naturalem hujus poteſtatis cauſam continent; ideoque de hoc modo primo loco quæritur: doceturque hoc titulo, quid ſint nuptiæ? cujus juris ſit patria poteſtas? qui, quos, in poteſtate habeant? De effectis hujus poteſtatis, quod Juſtinianus omiſit, nonnihil nos dicemus in exegeſi, §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

Summa tituli.

In poteſtate noſtra ſunt liberi noſtri, quos ex juſtis nuptiis procreavimus.

NOTÆ.

In poteſtate noſtra) Ex Ulpian. in [illegible]. *D. de his qui ſui vel al. jur.*

Juſtis nuptiis) Nam ex injuſta conjunctione nati in poteſtate patris non ſunt, *l. 23. & ſeq. D. de ſtat. hom.* *§. pen. infr. tit. ſeq.* Denique in hoc negotio is ſolus pater habetur, quem nuptiæ demonſtrant, *l. 5. D. de in jus voc.* In notis I. N. Q. *juſtis nuptiis quæſitus*. Grot.

COMMENTARIUS.

EX *juſtis nuptiis*) Nam ut nuper diximus, liberi ex injuſto matrimonio nati in poteſtate patris non ſunt, *l. 1. de ſtat. hom.* adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, ſicut nec vulgo concepti, *§. pen ſeq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem ſequuntur, ut ſcribit Juriſconſultus *in l. lex natura 24. d. tit.* ſed cum fœminæ liberos in poteſtate non habeant, *§. fœmina 10. inſ. de adopt.* ſequitur eos nec in poteſtate avi materni eſſe.

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

1. *Nuptiæ autem, ſive matrimonium, eſt vi-*

viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem continens.

Notæ

Nuptiæ) Sic dictæ a nubendo, quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo ſolebant. Feſt. Non. & alii.

Conjunctio) Conſenſu ſuſcepta, nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit, *l.* 30. *de reg. jur. l.* 15. *D. de con. & dem.*

Individuam, &c.) Modeſtin. *l.* 1. *D. de rit. nupt. conſortium omnis vitæ*, quo ſignificatur non tantum domeſtica ſocietas, ſed etiam indiviſus & promiſcuus rerum omnium inter conjuges uſus, rerum & corporum communicatio. Duar. *c.* 1. *de nupt.* Vera tamen inter conjuges non eſt bonorum ſocietas.

Continens) Nempe voto & propoſito contrahentium: nam eventus non ſemper reſpondet propoſito.

Commentarius.

1. *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium conſenſum nihil deſiderari.*
2. *Nunquam „ in foro conſcientiæ „ licuiſſe plures uxores eodem tempore habere.*
3. *Quo ſenſu nuptiæ dicantur individua conſuetudo, & quæ gentes in ea perpetuo perſtiterint.*
4. *Quid vitæ conſuetudine ſignificetur.*
5. *De ſponſalibus quædam notatu digna.*

Nuptiæ *ſive matrimonium*) Promiſcue fere hæc vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) uſurpantur. Sæpe tamen nuptias cum dicimus, intelligimus feſtivitatem & celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen.* §. 1. *de donat. int. vir. & ux. l. ſancimus* 24. *C. de nupt.* ſicut & apud Græcos γάμος accipitur *Joan. c.* 2. Illud tranſlatitium eſt, nuptias *a nubendo* dictas eſſe, eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo ſolebant, idque Feſtus, Nonius & alii complures notant. Seneca *in Octavia*, de Poppæa Neroni nubente; *v.* 702.

Velata ſummum flammeo tenui caput.

1 *Conjunctio*) Hoc generis loco ponitur: & ſimul cauſam efficientem denotat, nempe conſenſum, qui ut rerum, ita & vitæ ſocietatem efficit, etiamſi nihil aliud intervenerit. Eſt quidem principalis matrimonii finis ſobolis procreatio, quam ſine corporum conjunctione habere non poſſumus; unde etiam inter eas perſonas, quæ ad eam rem inhabiles ſunt, nuptiæ non conſiſtunt, *l. ſi ſerva* 39. §. 1. *de jur. dot.* ſed ad vinculum matrimonii conſenſu ſtabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud, *Nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit. l. pen. de don. int. vir. & ux. l.* 15. *de cond. & dem. l. nuptias* 30. *de reg. jur.* ☞ „ Hinc etiam apud nos judicatum „ eſt, nuptias perfectas eſſe, ſimul atque a miniſtro ver„ bi divini aut a magiſtratu mulier viro rite copulata „ & tradita eſt; atque ex eo tempore, ut inter veros con„ juges, communionem bonorum more harum regio„ num induci, etiamſi morte alterutrius nondum ſubſe„ cuto concubitu matrimonium diremptum ſit, D. Neoſtad. *obſ. rer. jud.* 15. *& aliquot ſeqq.* add. D. Lamb. Goris *adverſ. jur. tract.* 1. *c.* 2. „ Sunt, qui ad implendas nuptias jure Romano neceſſariam fuiſſe exiſtimant ſolemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus uſurpata fuit, aut nuptiarum feſtivitatem, per *l.* 5. *de rit. nupt. l.* 15 *de cond. & dem. l.* 6. *C. de don. ante nupt. l. ſancimus* 24. *C. de nupt.* Sed verius eſt, neutrum eorum ut neceſſarium deſiderari, ut intelligere licet ex reſponſo Scævolæ, *l. pen. de don. int. vir. & ux.* & reſcripto Theodoſii *l. ſi donationum* 22. *C. de nupt.* nec admodum difficile eſt ad ſuperiores locos reſpondere. Nam in *l.* 5. *de rit. nupt.* Juriſconſultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, ſed rationem ac formam tantum deductionis demonſtrat. Quod autem Ulpian. in *l.* 15. *de cond. & dem.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam eſſe, cum uxor ducta eſt; & Juſtinian. *l. ſancimus* 24. *C. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quam ſi ipſa nuptiarum accedat feſtivitas: ex mente extraneorum ſumptum eſt, qui cum nuptias alicujus futuras nominant, ad ſolemnitatem & celebritatem nuptiarum cogitationem referre ſolent. Sed & in re ambigua hoc ritu conſenſus declaratur, & nuptiæ ex deductione aut feſtivitate intelliguntur perfectæ, quod tantum oſtendere voluit Imp. in *d. l.* 6. *C. de donat. ante nupt.* Qui priſcorum ritus in nuptiis adhiberi ſolitos noſſe cupit, legat Briſſon. *lib. ſingul. de rit. nupt.* Vinn. Conſenſus faciebat nuptias. Sed in manum non conveniebat uxor, niſi adhibito ſollemni nuptiarum ritu, veluti confarreatione, coemtione, uſu. Denique & domum deductione opus erat, quoties non de voluntate ipſorum contrahentium, ſed de explenda voluntate aut legiſlatoris, aut tertii cujuſdam quærebatur, quales caſus ſunt in *l.* 5. *ff. de R. N. l.* 15. *ff. de condit. & dem. l.* 24. *C. de nupt.* apud Paull. *Rec. ſentent.* 11. 19. §. *pen.* nec non in *l.* 6. *C. Theod. de tiron.* ubi vide Jac. Gothofr. in *Comment. Tom.* 11. *p.* 377. Hein.

Viri & mulieris) Nam duorum ejuſdem ſexus conjunctio deteſtanda eſt, & lege Dei, lege naturæ legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris ἑνικῶς, ad excludendam polygamiam, id eſt, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam ſucceſſive plures uxores habere, aut quod idem eſt, matrimonio rite ſoluto, aliam ducere, prohibitum non eſt: quod tamen & ipſum ſpecies eſt πολυγαμίας. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere; quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuiſſe oſtendimus *tit. ſeq.* §. *affinitatis* 6. idque divinæ ſimul ac naturali legi convenienter, quod ego paucis, ſed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ primæque inſtitutioni matri- 2
monii contrariam eſſe polygamiam evincitur. Primum ex loco *Matth.* xix. 8. Nam argumentum, quo ibi Chriſtus utitur adverſus divortium, *ab initio autem ita non fuit*, nullas vires habet, niſi hanc majorem præſupponat; ita in matrimonio ſe res habere debet, quemadmodum in principio fuit. Aſſume jam; Atqui initio duo tantum conjuncti fuerunt in carnem unam, *Geneſ.* 11. *ſub fin.* Ergo lege inſtitutionis matrimonii duo tantum, id eſt mas cum fœmina, una conjungi debent. Eadem plana ratione & ex prima conjugii inſtitutione licentiam polygamiæ damnat Malachias *cap.* 11 *verſ.* 14. *& ſeq.* ut bene oſtendit vir doctiſſimus

☞ *Vide notam cenſoriam in Monito ad Lectorem num.* 2.

mus collega noſter D. Joan. Coccejus in *Δωδεκα προφ.* Præterea *Levit.* xviii. 18. polygamia expreſſe prohibetur, quod ſummi Theologi & Hebrææ linguæ peritiſſimi Junius & Tremellius firmiſſimis rationibus demonſtrant, locum ex phraſi Hebræa ita vertentes, *Mulierem unam ad alteram ne aſſumito.* Tertio cum cæremonialia præcepta in novo teſtamento abrogata fuerint, quæcunque Apoſtoli præcepta tradidere, moralia eſſe conſtat, cum in politia, tam in œconomia, & a ſingulis obſervanda. Atqui *1. Cor.* vii. 2. monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non poteſt enim, quod vult Apoſtolus, unaquæque mulier ſuum proprium virum habere, ſi communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale eſt, id a ſingulis obſervandum, & perpetui juris eſt; adeoque & in veteri Teſtamento obtinuit. Denique videmus primam inſtitutionem conjugii ſic exponi a Chriſto & Apoſtolo, ut duo ſolummodo in unam carnem coaleſcere cenſeantur, *Matth.* xix. 5. & 1. *Cor.* vi. 16. nec ante Lamechum Cainici generis hominem quemquam legimus plures ſimul uxores duxiſſe: ex quo intelligimus polygamiam, ſicut & reliquas corruptelas paulatim irrepſiſſe. Quorſum enim alias hoc in Lamecho expreſſe notaſſet Moſes 1. *Gen.* iv. *v.* 19. Sed & communis ratio polygamiam damnat: primum; quia mutuum conjugum amorem, quem ſingulares nuptiæ fovent, dividit: deinde quia fidem violat, qua alter alteri ſeſe perpetua conſuetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus ſuum mancipat; unde merito Chriſtus pronuntiat, eum mœchari, qui, vinculo prioris matrimonii non ſoluto, aliam uxorem ducit. *Matth.* xix. 9. Cui convenit illud Tertull. iv. *adverſ. Marc. manente matrimonio nubere adulterium eſt.* Poſtremo & ratio ſocietatis exigit, ut quemadmodum uxor uni viro, ita viciſſim vir uni uxori obſtringatur & adhæreat, ut diſputat Grot. 1. *manud.* 3. quamquam alio abit *lib.* 11. *de jur. bell. c.* 5. „ Quamobrem concludendum eſt cum
☞ „ Beza *tract. de polygam.* nunquam in foro conſcientiæ
„ licitum fuiſſe; plures uxores eodem tempore habere;
„ ac proinde patrum exempla, quos plures uxores ha-
„ buiſſe legimus, nobis imitanda non eſſe: quoniam po-
„ lygamiam illorum Deus non approbavit, ſed toleravit
„ duntaxat, aut indulſit, non laſciviendi, ſed gignen-
„ dæ piæ ſobolis gratia, propter promiſſionem de mul-
„ tiplicatione ſeminis; ſicut & in aliis quibuſdam con-
„ nivit; quæ cum prima conjugii inſtitutione, ad quam
„ ea Chriſtus revocat, non conveniunt, *Matth.* v. 32.
„ & xix. 3. & *ſeqq. Marci* x. 4. *Luc.* xvi. 18. Peccaverunt
„ nimirum in hoc & ipſi patres, quanquam errore
„ potius judicii, non ſatis erudita conſcientia, quam
„ aperta improbitate; cum exemplorum multitudo ef-
„ feciſſet, ut peccatum quandam rei indifferentis ſpe-
„ ciem induiſſet; quod Deus benigne eis condonavit.
„ Atque hæc etiam ſententia eſt Innocentii Tertii in
„ *c. gaudemus* viii. *x. de divort.* & communis Pontificio-
„ rum, Covar. *de matrim. p.* 11. *c.* 7. §. 3. ubi ait, eſſe
„ plures uxores habere, proprie non adverſetur legi
„ naturæ, id eſt, primis juris naturæ principiis: con-
„ trarium tamen eſſe legi quaſi naturali, hoc eſt, con-
„ cluſionibus e primis ejuſdem juris principiis dedu-
„ ctis; deque hac lege ſolum Deum diſpenſare poſſe,
„ & ita etiam D. Thom. *in* 4. *ſent. qu.* 33. *art.* 2. „

Individuam) Verbum hoc, *individuam*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc eſt atque indiviſum, quo ſenſu individua hereditas dicitur a Modeſtino *l. ſine* 32. §. *Lucius* 6. *de adm. tut.* & a Paulo individuum curæ officium. *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* altero modo pro eo, quod dividi non poteſt, ut cum ſervitutes, obligationes, ſtipulationes individuas dicimus. Atque utraque ſignificatio huic loco convenit: prima quidem ſimpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit: altera ſecundum quid, videlicet reſpectu aliarum conjunctionum & ſocietatum, quæ facile dividi, hoc eſt, ſeparari, & pro arbitrio unius diſſolvi poſſunt. Neque enim nuptiis paſſim renuntiare licet: adeoque Impp. Chriſtiani non niſi ex graviſſimis cauſis divortia admittunt. *l.* 8. *C. de repud. Nov.* 117. *c.* 8. & 9. Dici etiam poteſt, conjugale vinculum ex propoſito & voto contrahentium perpetuum atque individuum eſſe, licet ex accidenti aliquando contingat ſeparatio: quod in definitione conſiderandum non fuit. Quod ſi hæc res ad primam matrimonii inſtitutionem, & ad eam, quam hic Deus ſibi partem vindicat, exigatur, multo juſtius hæc conjunctio dicetur individua. Nam ut Chriſtus nos docet, initio conjugium ſic a Deo inſtitutum eſt, ut indiſſolubile eſſet. Et Deus interveniens perſonas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo ſeparare non debet. *Matth.* ix. quo etiam loco, & *Matth.* v. prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex cauſa adulterii fiunt. „ Addunt quidam & malitioſam deſertionem, ☞
„ per ea, quæ apud Paulum, 1. *ad Cor. c.* vii. *verſ.* 15.
„ Sed non dicit Apoſtolus, deſertione diſſolvi matrimo-
„ nium; nullamque novam cauſam, ob quam liceat di-
„ vortium petere & facere; verbis Chriſti adjicit: ne-
„ que apud eum quæſtio eſt de divortio faciendo, ſed
„ an poſt divortium illegitime factum ab infideli liceat
„ conſulere fidelis conſcientiæ. Tantum abeſt igitur, ut
„ in hac ſpecie agatur de repudianda uxore aut dimit-
„ tendo marito; ſicut in cauſa adulterii, ut contra de-
„ ſerta perſona ſe deſeri conqueratur, & deſertricem re-
„ petat; quantum in ſe eſt. Quod ſi deſertrix perſona
„ nulla ratione poſſit ad mutuam conjunctionem repe-
„ tendam adduci, negat Apoſtolus oportere innocentem
„ luere culpam nocentis. „ Hæc obiter. In illa autem, quam dixi, perpetua atque individua vitæ conſuetudine Germanos perſtitiſſe ſcribit Tacitus *de morib. Germ. cap.* 18. Apud Romanos quoque a condita urbe uſque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium interceſſiſſe, teſtes ſunt Dionyſ. Halic. *lib.* 11. Val. Max. *lib.* 11. *c.* 1. Gell. *lib.* iv. *c.* 3. Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem ſterilitatis cauſa dimiſit, ut iidem teſtantur. Procedente tempore divortia paſſim & ſine ulla cauſæ redditione permiſſa, ſed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti in *Mercat. act.* iv. *ſcen.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut conſtat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *ſatyr.* 6. notat mulierem, quæ crebro divertendo intra quinquennium octies viros permutaverat. VINN. Sed hæc ipſa divortiorum licentia apud Romanos, argumento eſt, in definitione hac *individuam vitæ conſuetudinem* non opponi divortiis, ſed ſeparatæ œconomiæ conjugum. Eorum enim erat, communes habere penates, communem thalamum; & hinc uxor domum ducenda. Eodem ergo ſenſu individua dicitur

☞ *Vide notas cenſorias in Monito ad Lectorem num.* 3. & 4.

tur vitæ conſuetudo inter conjuges, quo amici dicuntur eſſe comites individui. Vid. Tacit. *Ann. lib.* VI. *cap.* 10. Et ſic egregie hæc definitio congruit alteri Modeſtini in *l.* 1. *ff. de ritu nupt.* Hein.

4 *Individuam vitæ conſuetudinem continens*) Adjunctum proprium atque ex parte finis. His autem verbis exiſtimo Juſtinianum ſignificare non tantum domeſticam ſocietatem & converſationem, ſed etiam rerum quandam communionem & indiviſum rerum omnium inter conjuges uſum, in ſumma rerum & corporum communicatione, συμβιωσιν & συνουσιαν κοιτης. Atque hanc interpretationem adjuvat Modeſtinus *l.* 1. *de rit. nupt.* cum ait; nuptiæ ſunt conjunctio maris & fœminæ, *conſortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Nulla enim res eſt: ſive divini ſive humani juris, quam conjux cum conjuge non communicet, cujuſque inter eos, ſalva honeſtate conjugii, promiſcuus uſus eſſe non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit ſuſcipi *ſociam divinæ & humanæ domus. l.* 4. *C. de crim. exp. hær.* Quanquam fortaſſe Modeſtinus & Gordianus, cum ita loquuntur, alio reſpiciunt, nempe ad ſacra paganorum, quæ domi ſibi quiſque & familiæ ſuæ habebat, quorum uxor fiebat ſocia. Meminit horum ſacrorum Cic. II. *de Legib.* Plaut. *in Captiv.* Plin. *in Paneg.* add. Duar. *in tit. ſol. matr. de nupt.* Male nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum; nam vera bonorum ſocietas, qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla eſt, neque jure civili, neque jure Canonico; Pek. *de teſtam. conj.* II. *cap.* 1. Covarruv. *de matr. p.* 2. *c.* 7. §. 1. Chaſſan. *ad conſuet. Burgund. rubr.* 4. *n.* 4. & 16. noviſſime D. Lambert. Goris *adverſ. jur. tract.* 1. *cap.* 1.

5 Nuptias honeſtatis cauſa præcedere ſolent ſponſalia, ita dicta a ſpondendo; quia moris fuit veteribus ſtipulari & ſpondere ſibi uxores futuras, *l.* 2. *de ſponſal.* Gell. *lib.* IV. *c.* 4. unde etiam ſponſi ſponſæque appellatio nata eſt, *l.* 3. *eod.* Sunt autem ſponſalia, ut Florentinus definit, mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum, *l.* 1. *eod.* Ait, *futurarum nuptiarum*: ſiquidem unum tantum genus eſt ſponſaliorum, mutua ſcilicet promiſſio de futuris nuptiis. Quamvis enim jus Canonicum duo genera conſtituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præſenti; *c. pen. & ult. x. eod.* hanc tamen diſtinctionem auctores juris noſtri non agnoſcunt, quibus ſponſalia de præſenti ſunt ipſum matrimonium jam mutuo conſenſu contractum, *l. nuptias* 39. *de reg. jur.* Sed neque juris canonici interpp. per ſponſalia de præſenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium: ſed tantum reſpectu matrimonii per conjunctionem corporum conſummati, hæc etiam ſponſalia ab iis dicuntur. Panorm. *d. c. pen. n.* 2. Covar. *de ſponſal. p.* 1. *c.* 1. *n.* 6. & *in c. omnis reſ.* 4. *c. cum initiatur* 5. *c. conjuges* 6. *c. conjux* 9. *c.* 27. *q.* 2. ſponſus & ſponſa de præſenti vocantur vir & uxor. Noſtrates quoque uxorem ab ſponſa hoc ſolo diſtinguunt; quod uxor poſt nuptiarum benedictionem & conjunctionem thori dicatur; antea appelletur ſponſa. Sponſaliorum de futuro hic effectus eſt jure canonum, quod in matrimonium tranſeant per ſubſequentem corporum commixtionem inter ſponſum & ſponſam, *c. veniens* 15. *cap. is qui fidem* 30. *x. de ſponſal.* quod quia ſummam rationem habet, etiam in fœderato Belgio paſſim receptum eſt: quamvis canones iſti decreto Concilii Tridentini abrogati ſint, *ſeſſ.* 24. *c.* 1. §. *qui aliter de reform. matr.* „ Dixi autem *per ſubſequentem &c.* nam „ ſi copula præceſſerit, ſponſalia tantum erunt, non „ matrimonium, *d. c. veniens* 15. Similiter etſi matri„ monio appoſita ſit conditio, puta ſi propinqui aut „ curatores conſentiant, ea ſubſequente copula pu„ rificatur, id eſt, ſi ſponſus pendente adhuc condi„ tione ita deſponſatam cognoſcat, intelligitur a „ conditione appoſita receſſiſſe, *c. per tuas literas* 6. „ *de cond. appoſ.* Schneid. *ad tit. ſeq. cap. de ſponſal.* „ *n.* 8. & 36. Atque ita nuper ex facto conſulti re„ ſpondimus. Aliud tamen dixerim, ſi contracta fue„ rint ſub conditione conſenſus paterni, quo ſine „ nuptiæ conſiſtere non poſſunt, ut bene vir Cl. „ Joan. Chriſten. *diſſ.* 1. *de ſponſal. quæſt.* 10. „

Textus.

Qui habent in poteſtate.

2. *Jus autem poteſtatis, quod in liberos habemus, proprium eſt civium Romanorum: nulli enim alii ſint homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem, qualem nos habemus.*

Notæ.

2. *Proprium civium Rom.*) Lege Romuli primum introductum, repetitum poſtea & confirmatum a Decemviris. Dionyſ. Halic. *lib.* II. *p.* 96. *ſequ.*

Talem poteſtatem) Significat etiam alias gentes habere in liberos poteſtatem, ſed diſſimilem; nempe: patria poteſtas indefinite conſiderata, originem ex jure naturæ trahit. Plin. *in Panegyr. Vis & lex naturæ ſemper in ditione parentum eſſe liberos juſſit,* ut etiam diſputat Ariſt. 1. *polit.* 8.

Qualem nos) Immenſam & plane δεσποτικην, quæ continebat jus vitæ & necis, vid. Halic. *ubi ſup. l.* 11. *D. de lib. & poſth. l. ult. C. hoc tit.* Sigon. *lib.* 1. *de jur. ant. civ. Rom.* 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teſte Simplic. ad Epicteti *Enchirid. cap.* XXXVII. Simile patrium jus apud Perſas, ut tyrannicum, accuſat Ariſtot. VIII. *Nicomach. c.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ poteſtatis multum imminuta. Vinn. Vel ideo recte negat Juſtinianus, nullos alios homines talem in liberos habere poteſtatem, qualem habebant Romani, quia patria poteſtas revera erat Quiritarium dominium. Unde liberi ratione patris non erant perſonæ, ſed res mancipi, quæ venundari, mancipari, vindicari, immo & ob juſtam cauſſam occidi poterat. Vid. Celeb. Bynkershoek *de jure occ. lib.* c. 1. Hein.

Commentarius.

1. *Quo ſenſu patria poteſtas dicatur propria civium Rom.*
2. *Jus patriæ poteſtatis par herili initio fuiſſe, ſed ſenſim multis modis imminutum.*
3. *In his regionibus vetera patriæ poteſtatis jura ignorari.*

☞ *Vide notam cenſoriam in Monito ad Lectorem num.* 5.

CErtum eſt, Juſtinianum hoc loco diſtinguere voluiſſe patriam poteſtatem a dominica, idque a cauſa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit eſſe juris gentium, hic patriam dicit eſſe propriam civium Rom, ſive juris civilis. Videamus, quam recte.
1 Juris civilis eſſe dicuntur non ſolum, quæ ſunt juris mere poſitivi, ſed etiam ea, quæ mixti juris ſunt, & ſecundum quid tantum civilis; quatenus ſcilicet, cum alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis formam dedit, noviſque qualitatibus induta civium ea propria fecit, excluſis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *ſup. de jur. nat. gen.* Inter ea quæ mixti juris ſunt, numeranda & patria poteſtas: nam origo ejus non ex alio jure, quam ex quo matrimonium, quæ prima & antiquiſſima paterni imperii cauſa eſt; nimirum marito, ut capiti familiæ, naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in ſervos; quamvis non eodem imperii genere omnibus imperet. Nam, ut recte & naturali rationi convenienter docet Ariſt. 1. *pol. c.* 1. & 8. *Ethic. c.* 12. neque maritus uxorem, neque pater liberos ſervili imperio regere debet, ſed uxorem πολιτικως, ut in optimatum repub. magiſtratus cives ſuos: liberos autem βασιλικως, ut rex ſubditos; quos ut rex amat, ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex ſe genitos amat pater, curam eorum gerit, iiſque prodeſſe omnibus modis ſtudet. Itaque patria poteſtas ſimpliciter & in genere conſiderata juris gentium eſt, adeoque dominica antiquior, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius eſt bellis & ſervitutibus. Vis & lex naturæ ſemper in ditione parentum eſſe liberos juſſit, ait Plinius *in Paneg. Trajan.* At conſiderata in ſpecie & definite ſecundum leges & mores Romanorum, juris civilis eſt, & hoc ſenſu recte opponitur poteſtati dominicæ, quæ meri eſt juris gentium, §. 1. *ſup. præc. tit.* Ac tametſi Antoninus modum dominicæ poteſtati poſuit, non ideo tamen ea facta eſt juris civilis ſive civium Rom. propria, ut falſo exiſtimant Mynſ. Schneid. Weſ. ad §. 2. *præc. tit.* quippe cum & peregrini idem ſemper jus habuerint: ſed res tantum revocata eſt ad rationem juris gentium primævi. Vid. quæ notamus ſub *d.* §. 1. & 2. Eſſe autem hanc etiam mentem Juſtiniani, verba hujus §. non obſcure oſtendunt. Nam hoc ipſo, quod ait, nullos alios homines talem poteſtatem in liberos habere, qualem cives Rom. habent, ſatis ſignificat, etiam alios homines habere poteſtatem in liberos, quamvis talem fortaſſis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Græciæ civitatibus condiderunt, certum voluerunt eſſe modum patriæ poteſtatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modice caſtigare: qua via ſi nihil proficerent, ultimum erat, ut eos abdicarent, id eſt, nudos re omni domo expellerent: quæ abdicatio αποκηρυξις dicebatur, *l.* 6. C. *hoc tit.* Eam autem poteſtatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adſcriptione, teſte Dionyſ. Halicarn. *lib.* 11. *p.* 96.
2 At Romanorum in liberos poteſtas neque finem habuit, nec modum. Non finem: quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiamſi ſummos honores geſſiſſet, & laudem ſingularis erga rempubl. ſtudii conſecutus eſſet. Non modum, quia immenſa fuit & plane δεσποτικην. Nam primum ex lege Romuli, repetita poſtea & confirmata a Decemviris, filiusfam. in patris ſui manu, poteſtate mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitæ & necis, terque venundandi poteſtatem: in quo majus etiam jus patris, quam domini fuit, auctore eodem Dionyſ. *d. lib.* 11. *fac. l. in ſuis* 11. *de lib. & poſth. l. ult. C. de pat. pot.* quo tamen loco lapſus in eo eſt Conſtantinus, quod ſcribit, non licuiſſe patri filio eripere libertatem, niſi ſic eum excuſari placeat, quod jus vendendi citius exoleverit, quam vitæ & necis. Equidem plus hac in re tribuendum exiſtimo teſtimonio accuratiſſimi antiquitatum Romanarum ſcriptoris, qui Auguſti temporibus floruit, quam Principis Byzantini. Quod vero Ulp. *in l.* 8. *de his qui ſui vel al. jur.* ſcribit, jus poteſtatis moribus receptum eſſe, id tantum, ut ego exiſtimo, verum eſt reſpectu quorundam effectuum, qui moribus vel introducti ſunt, ut ſubſtitutio pupillaris, *l.* 2. *de vul. & pup.* aut in imaginarios converſi, ut venundandi poteſtas. Præterea quemadmodum ſervus domino, ita filius omnia acquirebat patri, ut ſcribit idem auctor *lib.* VIII. Sed jus illud vitæ & necis, vendendi, alienandi, mancipandi poteſtas, utpote a ratione juris naturæ, atque a pietate, in qua patris imperium conſiſtere debet. *l.* 5. *de leg. Pomp. de parricid.* nimis longe recedens, merito poſtea diſplicuit, permiſſumque duntaxat patri, privatim filium caſtigare & corrigere: ſi vero quid tale filius admiſiſſet, quod graviorem animadverſionem deſideraret, ad magiſtratum rem deferri leges voluerunt *l.* 3. *C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l.* 2. *ad leg. Cor. de ſicar.* Ita paulatim aſperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis, ut videtur; a quibus cum bonarum literarum diſciplinas accepiſſent; ad hanc ſunt manſuetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum eſt, de quo dicemus inf. *tit. per quas perſ. cuiq. acq.* Alia quoque pleraque patriæ poteſtatis effecta procedente tempore multum imminuta ſunt, ut ſuis locis indicabimus. Nobis vero veteris poteſtatis patriæ jura plane incognita ſunt, ac propterea apud nos effecta ejus omnia 3
ceſſant, teſtibus D. Grot. 1. *manud.* 6. D. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviſſ. c.* 14. Et ſane non difficile eſt id per inductionem demonſtrare. Singula ſingulis notabimus locis. VINN. Non lapſus videtur Conſtantinus M. *l. ult. C. de patr. pot.* dum negat, *licuiſſe patri filio eripere libertatem*. Libertatem enim pro ingenuitate accipit, ſenſuſque eſt, quamvis parentes in ſervitutem vendiderint liberos, non tamen iis ereptam eſſe ingenuitatem, ſiquidem manumiſſi non libertini fuerint facti, ſed ingenui. Vide, quæ ſupra notavimus ad §. 1. *Inſt. de ingen.* Libertatem autem veteres ſæpe pro ingenuitate dixiſſe vel ex *l.* 4. *ff. de Juſt. & jure* adparet, ubi *tria genera hominum* referuntur, LIBERI, *& his contrarium* SERVI, *& tertium genus* LIBERTI. HEIN.

TEXTUS.

Qui ſunt in poteſtate.

§. Qui igitur ex te & uxore tua naſcitur, in

in tua poteſtate eſt. Item qui ex filio tuo & uxore ejus naſcitur, id eſt nepos tuus & neptis, æque in tua ſunt poteſtate: & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua naſcuntur, in poteſtate tua non ſunt; ſed in patris eorum.

COMMENTARIUS.

Qui ex filio tuo) L. 4. *de his qui ſui vel al. jur.* Ratio perſpicua eſt: quia in familia avi paterni naſcitur: omnes autem, qui ſunt ejuſdem familiæ, ſubjecti ſunt familiæ principi, qui hic eſt filii pater: & qui eſt in poteſtate alterius, alium in ſua poteſtate habere non poteſt, *l. ſic eveniet.* 21. *ad leg. Jul. de adult.* & ita deinceps *l.* 5. *D. de his q. ſui v. alien. jur.*

Qui autem ex filia tua.) Nati ex filia mea non in mea, ſed in patris ſui poteſtate & familia ſunt, *l. cum legitime* 19. *de ſtat hom. l. familia.* 196. §. 1. *de verb. ſign.* Unde quia mulier familiam ſuam non propagat, familiæ ſuæ finis dicitur, *l. pronuntiatio.* 195. §. *ult. d. tit.* At inquis, cum nuptiis filiafam. non ſolvatur jus patriæ poteſtatis, §. 2. *inf. de ſenat. Tertyll. l.* 2. §. 1. *l. quotiens,* 29. *ſolut. matr. l.* 1. §. *ult. de injur. cum ſimilib.* cur non etiam is, qui ex filia mea naſcitur, æque eſt in poteſtate mea, ſed in poteſtate patris ſui? Reſpondeo, id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitime* 19. & naturali, ſive potius juris gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput eſt familiæ. Adeoque pater elocando filiam hactenus de jure ſuo cedere intelligitur, ſicut & pleriſque aliis in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat uſu aut coemptione, in familiam & poteſtatem viri tranſibat; eratque ei filiæ loco, & jura ſuorum hæredum in familia nanciſcebatur, matremque familias appellabant, cum aliæ uxores tantum eſſent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu ſi filiafam. nupta in manum viri conveniſſet, in totum ſolvebatur jure & poteſtate patris. Si quis eſt antiquitatis ſtudioſior, is Hotoman. adeat, qui quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex Cic. *in Top. cap.* 3. & Boet. *ibid.* Dionyſ. Halicarn. *lib. ant.* 11. *p.* 95. Gell. *lib.* XVIII. *cap.* 6. Ulp. *in fragm. tit.* 9. diligenter collegit.

TITULUS DECIMUS.

DE NUPTIIS.

D. Lib. 23. *Tit.* 2. *C. Lib.* 5. *Tit.* 4. *Novell.* 74.

Ratio ordinis & Argumentum Tituli.

Etſi ſuperiore titulo de nuptiis dici cœptum eſt, ut primo & præcipuo modo conſtituendæ patriæ poteſtatis: tamen cum ex iis, quæ ibi dicta ſunt, nondum intelligamus, quæ ſint juſtæ nuptiæ, ex quibus nati demum ſunt in poteſtate patris, ideo ejus rei tractatio hoc loco ſubjicitur, doceturque, ad juſtas nuptias quæ res exigantur, quæ perſonæ, quibus matrimonio jungi non poſſint, qua pœna afficiantur, qui adverſus præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius conſtituendæ patriæ poteſtatis modus explicatur, quem legitimationem nunc vulgo appellamus.

TEXTUS.

Qui poſſunt nuptias contrahere.

Juſtas autem nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, qui ſecundum præcepta legum coeunt, maſculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes: ſive patres familiarum ſint, ſive filii familiarum, dum tamen, ſi filii familiarum ſint, conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate ſunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio ſuadet, in tantum, ut juſſus parentis præcedere debeat. Unde quæſitum eſt, an furioſi filia nubere, aut furioſi filius uxorem ducere poſſit. Cumque ſuper filio variabatur, noſtra proceſſit deciſio, qua permiſſum eſt ad exemplum filiæ furioſi, filium quoque furioſi poſſe & ſine patris interventu matrimonium ſibi copulare, ſecundum datum ex noſtra conſtitutione modum.

NOTÆ.

Fœminæ viri potentes) *Mature viro*, ſicut Theophilus, ἀνδρὸς ἐντικαι. Fœminæ poſt annos duodecim virum pati poſſe creduntur, *l.* 4. *D. hoc tit. l.* 10. *D. de cond. & dem. l. pen. D. quand. dies leg.* quippe qua ætate fœminarum incipit purgatio, teſte Macrob. *d. loco.* Cur in fœminis citius vis generationis incipiat, quam in maribus, vid. Ariſt. IV. *de gen. anim. c.* 6. Macrob. VII. *Saturn.* 7.

Conſenſum parentum) Nuptiæ conſiſtere non poſſunt, niſi conſentiant omnes, id eſt, qui coeunt, quorumque in poteſtate ſunt, *l.* 2. *D. hoc tit. l.* 12. *C. eod.* conſenſus tamen non impedit obſequium, re-

reverentiæ paternæ debitum, *l.22. D. eod.*

Et civilis) Scil. patria poteſtas. In filioſ. accedit & hæc, ne cui invito ſuus hæres agnaſcatur, §.7. *inf. tit. ſeq.*

Et naturalis) Reverentia & obſequium naturæ lege parentibus omnibus debitum. *l. 2. D. de juſt. & jur.* quo tamen contempto, nuptiæ non eſſent irritæ, niſi lex civilis adderet *δυναμιν αναγκαστικην*. *l. 11. D. de ſtat. hom. l. 22. C. hoc tit.*

Præcedere) Juſſus, id eſt, voluntas ſive conſenſus parentis præcedere debet, *l.25. §. 4. D. de acq. hæred.* eoque non ſufficit hic ratihabitio. Per *l.13. §.6. ad leg. Jul. de adult. l.11. D. de ſtat. hom. l.6. C. hoc tit.* Sufficit autem vel tacitus conſenſus præcedens aut concomitans, *l. 5. C. eod. l. 7. §.1. D. de ſponſal.* non enim velle debet pater, ſed non nolle, id eſt, *συναινειν*.

Ex noſtra Conſtitutione) Modus hic eſt, ut ex ſententia curatoris ipſius furioſi, & nobiliorum totius familiæ, itemque magiſtratus aut Epiſcopi ipſius Civitatis de nuptiis ſtatuatur, *l. 28. C. de Epiſc. aud. l. 25. C. hoc tit.*

Commentarius.

1. *Quid in hoc argumento vocabulum juſtus ſignificet?*
2. *De ætate coeuntium.*
3. *De eorum conſenſu.*
4. *De conſenſu parentum & quorum adhibendo.*
5. *An jure divino irrita ſint conjugia ſine parentum conſenſu inita? & quid jure canonico?*
6. *Ratihabitionem patris non efficere, ut retro nuptiæ abſque conſenſu ejus contracta legitimæ fiant.*
7. " *Quid circa conſenſum parentum ab Ordinibus hujus provinciæ conſtitutum?* "

1 *Juſtas*) Juſti variæ ſunt pro adjuncto ſignificationes. Hoc loco juſtum idem ſignificat, quod *το νομιμον*, legitimum: & juſtæ dicuntur nuptiæ, quæ ſecundum jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur: eodem ſenſu, quo juſtum matrimonium in *l. un. unde vir & uxor. l.13. de his quib. ut indign.* Sic juſti liberi dicuntur legitimi ad differentiam naturalium duntaxat & vulgo quæſitorum, *l.5. §. pen. l.11. l.12. de ſtat. hom.* juſtus pater ad differentiam naturalis, *l. lege Julia 44. §. 3. hoc tit.* juſta uxor. *l. ſi ſenatori 31. eod.* quæ legitima in *l.4. eod.* In genere autem juſtæ nuptiæ habendæ, quæ ſecundum cujuſque populi inſtituta contrahuntur.

Cives Romani) Igitur cum ſervis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non eſt, Ulpian. *fragm. tit. 5. §.4. l.3. C. de inc. nupt.* Cic. *in Top.* Atque hinc reſponſum eſt, ſi quis rogatus hæreditatem reſtituere, ſine liberis deceſſiſſet, iſque deportatus in inſula liberos ſuſtuliſſet, conditionem non defeciſſe, *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad ſen. Treb.* ☞ „ Quamvis matrimonium „ ſemel contractum non ſolvatur deportatione vel aquæ „ & ignis interdictione. *l.5. §.1. ff. de bon. dam. l. res uxoris. 24. verſ. ſin autem C. de don. int. vir. & ux. Nov. 22.* „ *c.8.* dummodo & vir mariti affectionem, & mulier a„ nimum uxoris retineat. *d. l. 5. §.1. l.1. Cod. de repud.* „

2 *Maſculi quidem puberes*) Romani, ea demum ætate civibus ſuis matrimonia permiſerunt, quæ natura apta eſſe creditur ad generandum; maribus poſt annum decimum quartum, quo tempore ipſam ætatem neceſſitate pubeſcere & vim generationis moveri incipere ſcribit Macrob. *in Somn. Scipion. lib. 1. c.6.* & Ariſtot. VII. *pol. 16.* exurgere *της συνουσιας ορεξιν*. fœminis autem biennio maturius, quia poſt annum duodecim virum pati poſſe creduntur, *l.4. hoc tit. l.10. de cond. & dem.* cujus diverſitatis ſi quis rationem quærat, adeat Ariſtot. IV. *de gen. anim. c. 6.* Macrob. VII. *Satur. 7.* Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longe recedit Plato qui IV. & VI. *de legib.* triceſimum annum maſculis præſcribit, longius etiam Ariſt. VII. *pol. 16.* qui eos demum conjungi vult circa annum 36. fœminas autem anno 18. Juris Pontificii auctores pubertatem metiuntur ex potentia coeundi, non ex numero annorum. *c.3. §. fin. de deſponſ. impub.* Nos autem ſequimur definitionem juris civilis, quæ etſi non in omnes, in pleroſque tamen quadrat, & medicorum etiam ac phyſicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac ætate apud nos, præſertim maſculi, matrimonio junguntur, in ſponſalibus ætas definita non eſt: quapropter & a primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt, modo utraque perſona ſit infante major, *l. in ſponſalibus 14. de ſponſal.* Vinn. Solebant & impuberes Romani uxores ducere nondum viri potentes. Exempla exſtant apud Gruter. *Inſcr. p.* 788. 8. *p.* 815. 3. *p.* 824. 1. Tunc vero nuptiæ hujuſmodi non reſcindebantur, ſed tamen non prius juſtæ erant, quam conjuges juſtam ætatem attigiſſent. Hinc nec antea dos peti poterat *l.65. ff. de jur. dot.* nec repudiatæ dabatur actio rei uxoriæ *l.17. §.1. ff. de reb. auct. jud. poſſ. l.74. ff. de jur. dot.* nec ea poterat legatum ſub conditione nuptiarum exigere, *l.10. pr. ff. de cond. & dem.* Sponſæ ergo loco erat immatura, domum ducta, modo ſponſalia præceſſiſſent, *l. 32. §.27. ff. de don. int. vir. & ux.* junct. *l. 9. ff. de ſponſ.* Legitima vero uxor tunc fiebat, quum apud virum explesſet duodecim annos. *l.4. ff. de rit. nupt.* Hein.

Conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate) Jure civili in nuptiis requiritur conſenſus, tum eorum, qui coeunt, tum parentum, ſi quos habent, quorum ſunt in poteſtate, *l.2. hoc tit.* quod etiam in ſponſalibus obſervatur, *l.7. l. 11. cum ſeqq. de ſponſal.* Primum 3
nuptiæ ſine conſenſu coeuntium non conſiſtunt, ſicut nec alius ullus contractus ſine conſenſu intelligi poteſt, *l.1. §.3. de pact.* Quid ergo, ſi error intervenerit? Diſtinguendum eſt: nam ſi talis ſit error, qui conſenſum impedit, puta, ſi quis erret in perſona, putans Titiam eſſe, cum qua contrahit, cum ſit Sempronia, hic error matrimonium vitiat, *arg. l. ſi per errorem 15. de juriſd. l.9. de contr. empt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele ſuppoſitam retinuit, in eo non eſt uſus ſummo jure, *c. quod autem c.29. q.1.* Lombard. IV. *diſt. 30. & ibi.* Scot. Beza *tract. de repud. & divort.* Idem dicendum eſt, ſi erretur circa qualitatem eſſentialem, veluti circa potentiam generandi, aut neceſſitudinem, puta ſi ignorabatur eſſe amita aut ſoror, cum qua contractum eſt. At ſi circa accidentalia tantum erratum ſit, verbi cauſa, ſi pauper eſt, quæ dives dicebatur, ſi capitoſa, quæ morigera, ſi plebeja, quæ nobilis credebatur, &c. quoniam hæc vel adeſſe vel abeſſe poſſunt ſalvo matrimonio, & hic in re ipſa juſtus con-

☞ *Vide notam cenſoriam in Monito ad Lectorem num. 6.*

conſenſus eſt, ratum erit matrimonium, *d. c. quod autem. in fin.* Covar. *de matrim. p.*II. *cap.* 3. §.6. *n.* 2. Beza *d. tract. de repud.* Illud autem, quod Innocentius Tertius reſpondit, *c. tua nos* 26. *x. de ſponſal.* ſi quis ut honeſtam mulierem ad turpia pelliceret, falſum nomen ementitus eam his verbis deſponſet, *Joannes te deſponſat*: & mulier hoc dolo imprudens illecta, cum in illum tanquam ſponſum conſenſiſſet, ei copiam ſui fecit, ſi ille teſtetur, numquam ſibi animum fuiſſe illam ducendi, iſta vero petat fidem ſibi datam præſtari, non ☞ debere ex eo facto conjugium judicari &c. ,, ut iniquiſ- ,, ſimum, bene refellit D. Beza *d. tract.* nacta tamen ,, eſt tam iniqua ſententia, ſuos defenſores. & inter alios ,, Hunnium *ad Inſt. lib.* 1. *tr.* 3. *q.* 11. add. Covar. *de matr.* ,, *p.*II. *c.* 2. *n.* 5. Sanches *tract. de matrim. lib.* 1. *diſp.* 9. & *ſeqq.* ,, Quid ſi quis vitiatam ab alio duxerit, quam virginem ,, eſſe putabat? Et ſi quidem copula nondum ſecuta ſit, ,, repudium ex ea cauſa facile admiſerim: at ſecuta cor- ,, porum conjunctione, & matrimonio plane conſum- ,, mato, vix eſt ut divortium ob hanc cauſam conce- ,, dendum exiſtimem; quia hic nec in perſona erratum ,, eſt, nec in matrimonii qualitate aliqua eſſentiali, ſed ,, accidentali duntaxat; cum utique ut matrimonium ,, conſiſtat, non ſit neceſſe eam, quæ ducitur, virginem ,, eſſe. Et hæc ſententia etiam jure Canonico compro- ,, batur *c.* 25. *x. de jurej. c.* 1. *c.* 29. *q.* 1. Diſſentit tamen D. ,, Bez. *tract. de Repud.* Melancht. de *conjug. c. de errore.* quos ,, ſecutus eſt D. J. Chriſten. *de ſponſ. diſſ.* 11. *q.* 8. Non eſt no- ,, ſtri inſtituti ſingula, quæ pro & contra afferri ſolent, ,, excutere. vid. Weſemb. *par. de nupt. n.* 8. Scip. Gent. *de* ,, *nup. c.* 13. Bronch. *cent.* III. *aſſ.* 3. Bachov. *ad Treutl. diſp.* ,, *de nupt. theſ.* 6. *lit.* E. ,, Conſenſus in hoc contractu etiam plane liber eſſe debet *l. non cogitur.* 21. *hoc tit. l. Titia.* 134. *de verb. oblig. l. nec filius.* 12. *l. neque.* 14. *C. hoc tit.* ideoque matrimonium per vim aut juſtum metum initum ipſo quoque jure nullum eſt, *d. l.* 14. *cap. ſignificavit* 2. *x. de eo, qui dux. in matr. c.* 14. & *ſeq. x. de ſponſal.* Covar. *d. part.* II. *cap.* 3. *n* 5. Alb. Gentil. III. *de nupt.* 9. Bez. *d. tract. de repud.* Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 335. Plane metus reverentialis, ſive obſequium reverentiæ paternæ debitum, a quo abſunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec conſenſum, *l. ſi patre,* 22. *hoc tit. l.* 7. *l.* 12. *de ſponſal.* Covar. *d. c* 3. §.6. *num.* 3. Alb. Gentil. *d. lib.* III. *cap.* 11. quod tamen exa-
4 minat D. Beza *d. tract.* Qui in poteſtate parentis eſt, etiam illius conſenſum adhibere debet, *hoc text.* & *l.* 2. *eod.* Sed & nepos, quamvis in avi tantum poteſtate ſit, patris tamen conſenſum adhibere debet, *l.* 16. §. 1. *eod.* eadem ſcilicet ratione, qua conſenſus filii requiritur, ſi pater quaſi ex eo nepotem adoptare velit, nempe ne invito filio ſuus hæres agnaſcatur, §. *ſed ſi quis.* 7. *tit. ſeq.* quæ ratio cum in nepte nubente ceſſet, ceſſat etiam deciſio, *d. l.* 16. §. 1. Caſus qui proponitur in *l.* 3. *eod.* ſpecialis eſt. Quid ergo, ſi oblata liberis honeſta conditione, pater diſſentiat, aut ſine cauſa prohibeat filium uxorem ducere filiamve nubere, aut dotem dare nolit? Hic magiſtratus aditus partes ſuas interponet, patremque cauſa cognita coget in matrimonium conſentire & dotem dare, *l. capite.* 19. *hoc tit.* Ait diſerte, *quorum in poteſtate.* Unde intelligimus, nec matris conſenſum in liberorum nuptiis neceſſarium eſſe, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expreſſe ſcriptum eſt in *l. filius.* 25. *hoc tit.* In filia vero emancipata id ſecus videri poteſt, per *l. vidua.* 18. *l. in conjunctione.* 20. *C. eod.* An dicemus, excipi filiam emancipatam minorem 25. annis ob ſexus & ætatis verecundiam? An, ut plerique, honeſtatis tantum cauſa præcipi, ut ea patris conſenſum exſpectet, ſed id non eſſe neceſſarium? Sane & matris, & propinquorum, & curatorum judicium adhibere patre orbata iiſdem conſtitutionibus jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis neceſſaria non eſt, *l.* 8. *C. eod.* Sic ſentio. Jus antiquitus fuit, ut pater filiam, quam in poteſtate habebat, pro arbitrio & cui liberet, deſpondere poſſet, cujus rei exempla nonnulla apud Comicos & Hiſtoricos habemus; neque filiæ a patre diſſentiendi licentia dabatur, niſi indignis moribus aut turpem ſponſum ei pater elegiſſet. *l.* 12. §.1. *de ſponſal.* Emancipatam autem filiam patrem ſuo arbitrio nec deſpondere, nec elocare potuiſſe, adoque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxiſſet, non fuiſſe injuſtas, arguunt textus omnes, qui ejus tantum conſenſum requirunt, cujus in poteſtate ſit, quæ nubit, aut qui uxorem ducit. Hoc autem jus in filia emancipata minore viginti quinque annis ita poſtea mutatum & imminutum eſt, ut tam illa patris, quam pater illius voluntatem explorare debeat, *d. l.* 20. *C. hoc tit.* ita tamen, ut ſi filia patris ſententiæ repugnet, filiæ potius, quam patris voluntatem judex ſequi teneatur, *d. l.* 18. C. *eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatæ non fuiſſe plane liberum. Vinn. ,, Quæ pontifex in ☜ ,, *cap. tua nos.* 26. *x. de ſponſ.* iniquiſſime ſtatuit, ea vul- ,, go canoniſtæ emollire conantur, diſtinguendo inter ,, forum externum, & internum conſcientiæ & pœni- ,, tentiæ, exiſtimantes, pro matrimonio judicandum in ,, foro exteriori, non in interiori. Quum vero nec id ,, ex textu pontificis recte colligi poſſe animadvertant, ,, quotquot canoniſtarum ſunt paullo acutiores, & in his ,, Gonzal. Tellez. *ad d. c.* 26. *n.* 3. novam comminiſcun- ,, tur rationem defendendi Innocentium, docentes in ,, caſu illo non quidem eſſe matrimonium: ſed eum ,, tamen, qui hoc modo contraxerit, teneri, ad con- ,, ſenſum de novo declarandum. Nugæ. Candide ita- ,, que Aug. Barboſa *ad c.* 26. *x. de ſponſ.* & Lagmann. ,, *Theol. Mor. l.* V. *tr.* 10. *part.* 1. *c.* 1. *n.* 11. hanc ,, deciſionem plane explodunt. Hein. ,,

Et civilis & naturalis ratio) Suadet id ratio naturalis: nam procul dubio contra officium filius facit, & graviter peccat, qui ſine conſenſu parentis nuptias contrahit. ,, Civilis autem ratio efficit, ut etiam hic con- ☜ ,, tractus ſit irritus; quippe cum lex civilis illud naturæ ,, jus armaverit δυναμει αναγκαστικῃ. §. *ſi adverſus.* 12. ,, *inf. eod.* junct. *l.* 11. *de ſtat. hom.* Jure quoque divino etſi 5
,, forte nuptiæ a liberis ſine conſenſu parentum, quorum in poteſtate ſunt, contractæ ſtatim quidem ,, non ſunt irritæ, ut diſputat Grot. *lib.* II. *de jur. bell.* ,, & *pac. c.* 5. *num.* 10. tamen parentes eas improbare ,, & irritas facere poſſe nullus dubito. Patet hoc primum ,, ex loc. *Exod.* XXII. *v.* 17. ubi patris arbitrio permitti- ,, tur, filiam, quantumvis ſtupratam, viro denegare, ,, nedum virginem: atqui illic agitur de quavis ſedu- ,, ctione ad concubitum: inſulſum vero eſſet dicere, nul- ,, lam puellam ad concubitum ſolicitatam verbis tem- ,, poris

☞ *Vide notas cenſorias in Monito ad Lectorem num.* 7.

„ poris præſentis de matrimonio. Præterea ſtuprata poſtea matrimonium inire poſſet; at patri illic permittitur eam denegare ſtupratori. Secundo hujus rei evidentiſſimum argumentum eſt, quod *Deut.* VII. *v.* 3. parentibus poteſtas datur elocandi liberos, iiſque conjuges comparandi. Quod ſi enim matrimonium a contrahentibus totum dependeret, his potius, quam parentibus, Deus mandata illa de matrimonio dediſſet. Eodem facit & Iſraelitarum adverſus Beniaminitas jusjurandum, *Jud. c. ult.* & Paulus agens de virgine vel elocanda vel aſſervanda, quod hic jus patris in liberos eſſe voluerit, manifeſte oſtendit, 1. *Cor.* VII. Denique huc etiam facit, quod promiſſio Deo facta parentum arbitrio irrita ſit. *Num.* XXX. Tanto enim magis irrita eſſe debet promiſſio homini facta cum læſione juris paterni. Pendet ergo promiſſio inter virum & uxorem ab arbitrio parentum, atque irrita fieri poteſt, Quod vero *d. loc. verſ. ult.* dicitur *in puellari ætate*, id additum tantummodo, ne ad viduam extendatur, in domum patris reverſam. Sane ſubjectionem, non ætatem reſpici, liquet e *verſ.* 8. ubi ſimiliter vota reſcindendi poteſtas in uxorem marito datur, cujuſcunque ſit ætatis, modo ei ſubjiciatur. Atque ita etiam ſuum parentibus in liberos jus integrum manet, quamdiu ſunt in eorum poteſtate. Si quærantur exempla: Iſaacus de conſenſu & voluntate patris Rebeccam, & non niſi e manu Bethuelis petit & accipit. *Geneſ.* XXIV. Jacobus juſſu patris a Labane ſuas uxores ſumit. *Gen.* XXVII. & XXVIII. Samſon quoque, licet amore peregrinæ inflammatus, parentum tamen conſenſum requirit. *Jud.* XIV. *&c.* Nullam igitur Synodus Tridentina cauſam habuit anathemate damnandi eos, qui cenſent nuptias a filiisf. ſine conſenſu parentum contractas irritas eſſe, aut parentes eas ratas irritaſve facere poſſe. Vid. Bezam *tract. de repud. & divort.* Pet. Martyrem *in reſol. quarta quæſtionis*, Zanchium *de operib. Dei p.* III. *c.* I. *de iis qui contrah. inſc. & invit. parentib.* Bucan. *loc. de conjug. q.* 18. Poſtremo decreta Pontificum hac in parte cum jure civili & divino convenire videntur, *c. aliter. c. noſtrates. c.* 30. *q.* 5. *c. non omnis. c. honorantur c. mulier. c. fin. c.* 32. *q.* 3. uti & Cujac. *ad rubr. de ſponſal.* Duar. *c.* 2. *de nupt. ad tit. ſol. matr.* Coraſ. 1. *miſc.* 17. Olden. *claſſ.* 4. *act.* 26. Alber. Gentil. IV. *de nupt.* 4. Bronch. I. II. *aſſ.* I. cenſent, quanquam aliud viſum Covar. *de matr. p.* II. *c.* 3. § 8. Tulden. *comm. hoc tit. c.* 5. Perez. *ad tit. C. de nupt. num.* 16. qui cum *Gloſſ. in cap. ſufficiat.* 27. *q.* 2. & aliis, contendunt, non niſi honeſtatis gratia jure pontificio conſenſum paternum deſiderari, liberoſque conſcientiæ vinculo duntaxat obſtrictos ad parentum conſenſum adhibendum, quos cum ipſa diſtinctione inter honeſtatem & neceſſitatem bene refellit Lamb. Goris *adv. jur.* III. *tract. c.* 10. „

6 *Ut juſſus parentis præcedere debeat*) Juſſus, id eſt, conſenſus aut potius aſſenſus parentis in nuptiis filiorumf. adeo neceſſarius eſt, ut etiam præcedere debeat; neque ratihabitione patris retro legitimæ fiant, nimirum cum ratihabitio in iis tantum locum habeat, quæ non ſtatim ipſo jure nulla ſunt, ſed aliquo modo conſiſtunt aut pendent, Dec. *ad l. ſemper* 60. *de reg. jur. num.* 16. non poteſt ea nuptias filii ſine conſenſu patris contractas legitimas retro efficere: ſed ex eo demum tempore juſtæ intelliguntur, ex quo eas ratas habuit pater, per *l.* 11. *de ſtat. hom. l. eos qui* 65. §. 1. *hoc tit. l.* 13. § *ſi quis.* 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 6. *C. hoc tit.* Nec obſtat, quod liberi ex concubina ſuſcepti, matrimonio cum ea poſtea contracto, legitimi fiant, §. *ult. inf. eod.* Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinatu, conſortio jure civili permiſſo, poſtea conſtitutum eſt, non debet extendi ad eos, qui nati ſunt ex conjunctione vetita & pro ſtupro habita. Quid ergo eſt, quod Juſtin. in *l. ult. C. ad SC. Mac.* præcipit, ut omnis ratihabitio retro operetur? Nempe Imp. illic non tam cauſas, in quibus locum habeat ratihabitio, quam naturam atque effectum ejus deſignat. Hodie tamen dicendum videtur, patris conſenſum poſtea accedentem etiam retro operari, cum nunc concubinatus nullam præ alia illa conjunctione prærogativam habeat, & æque improbatus ſit. Et hoc uſu apud nos ſervari aſſerunt, qui rem forenſem tractant „ licet conſtitutio Carolina ☞ 4. *Octob.* 1540. cui nihil derogatum vult *art.* 13. *ordin. polit.* tales nuptias ratihabitione retro confirmari vetare videatur. Loquitur illa conſtitutio de maribus minoribus 25. annis & fœminis minoribus 20. annis ſine parentum conſenſu matrimonium contrahentibus: & hoc tantum cavet, ne quid lucri hoc caſu alter ab altero quacunque ex cauſa capiat, etiamſi poſtea parentum accedat aſſenſus „. Enimvero non præciſe requirimus, ut pater expreſſe conſentiat, ſed ut ne contradicat aut diſſentiat, gnarus eorum, quæ aguntur, *l.* 7. §. 1. *de ſponſal. l.* 5. *C. hoc tit.* ſicut e contrario & liberi jure civili conſenſiſſe intelliguntur, qui non evidenter diſſentiunt, *l.* 12. *de ſponſal. l. ſi patre.* 22. *hoc tit.* Itaque juſſus hic tantum opponitur ratihabitioni. VINN. Quæ Vinnius hic cum Bachovio contra ratihabitionem diſputat, non adeo firmo ſtare videntur talo. Nam primo quod negat ratihabitioni locum eſſe in iis, quæ ipſo jure nulla ſunt, id falſum videtur. Donatio enim inter virum & uxorem eſt ipſo jure nulla *l.* 3. §. 9. *ff. de don. inter vir. & ux.* ratihabitione tamen convaleſcit, *l.* 25. *C. eod.* quemadmodum & teſtamentum, in quo filius præteritus, validum judicatur, ſi filius in illa voluntate adquieſcat *l.* 17. *ff. de injuſt. rupt. irrit.* Lex 11. *ff. de ſtat. hom.* non agit de ratihabitione, ſed de ſtatu prolis ignaro avo conceptæ. In *l.* 65. *ff. de R. N.* non magis matrimonium ob defectum conſenſus invalidum eſt, ſed ob prohibitionem legis, quæ inter eum, qui in provincia officium gerit, & mulierem provincialem ſtare non patitur matrimonium, Ergo nec ratihabitio ibi quidquam operatur, ſecus ac in matrimonio nondum conſentiente patre contracto, ubi ratihabitio conſenſum retrotrahit. Quod etiam de reliquis legibus a Vinnio allegatis obſervandum. Denique a legitimatione recte eatenus ducitur argumentum, quod quemadmodum liberi ante nuptias nati, his ſubſequentibus ideo legitimi habentur, quia defectus prioris ſupplementum retrotrahitur, ac ſi matrimonium ſemper fuiſſet, ita & poſt ratihabitionem patris liberi antea nati fiant legitimi, quia ratihabitio ſemper ad principium cujuſque actus retrotrahitur. *l.* 16. §. 1. *ff. de pign.* Unde & exſpirat monſtrum illud, quod fingit Wiſſenb. *ad l.* 5. *C. de nupt.* Spuriorum ex juſtis nuptiis. Cum adparatu hæc Vinnii argumenta refellit, contrariamque ſententiam probavit B. Huber. *Præl. ad Inſt. h. t.* §. 10. & *ad ff. eod.* §. 5. HEIN.

☞ *Vide notam cenſoriam in Monitis ad Lectorem num.* 10.

☞ „ *Super filio*) Cur magis ſuper filio ? Nempe „ filius uxorem ducebat in domum patris : eique „ liberos gignebat , aliquando ſuos hæredes futuros „ avo paterno . Ratio autem juris civilis non pa„ titur , ut alicui invito aut ignoranti , cui ſimilis „ eſt furioſus , ſuus hæres obtrudatur . §. *ſed ſi quis.* „ *7. tit. ſeq.* Filia vero extra familiam patris nu„ bit , neque patri ſuo , ſed marito liberos parit, „ vel ei , cujus in poteſtate eſt maritus.

„ *Ex noſtra conſtitutione modum*) Modus hic eſt, „ ut præſentibus curatore & propinquis de nu„ ptiis ſtatuatur auctoritate magiſtratus vel epi„ ſcopi , *l. tam dementis*. 28. *C. de epiſc. aud. l.* „ *ſi furioſ.* 25. *C. hoc tit.* Apud nos quamvis ſin„ gularis illa Romanorum in liberos poteſtas non „ agnoſcitur ; tamen quia voluntati ac mandato „ Dei , adeoque ipſi æquitati naturali conveniens „ eſt , ut de conſenſu parentum filius uxorem du„ cat , & filia nubat : atque ut , quod ad omnes „ ex æquo pertinet , impoſturis & clandeſtinis nu„ ptiis occurratur, lege cautum eſt, ut qui matri„ monium contrahere volunt, adeant civitatis ſuæ , „ aut loci , in quo domicilium habent , magiſtra„ tum , aut eccleſiæ miniſtros , atque ab iis pe„ tant , ut hic contractus trinundino in eccleſia „ aut pro curia promulgetur , Filiifam. minores „ 25. annis , filiæ minores 20. vetantur recipi , „ niſi de conſenſu parentum aut parentis ſuperſtitis „ doceant . Quod ſi hac ætate majores ſunt , paren„ tes vocati ſi non venerint intra 14. dies , con„ ſenſiſſe intelliguntur : ſi venerint & rationem „ afferant , cauſa cognita ſtatuitur , *art.* 3. *ord. pol.* „ Aliter contracta matrimonia pro injuſtis & nul„ lis habentur , *art.* 13.

TEXTUS. I

Quæ uxores duci poſſunt vel non. De cognatis, ac primum de parentibus & liberis.

1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet : nam a quarundam nuptiis abſtinendum eſt : inter eas enim perſonas , quæ parentum liberorumve locum inter ſe obtinent , contrahi nuptiæ non poſſunt : veluti inter patrem & filiam , vel avum & neptem , vel matrem & filium , vel aviam & nepotem , & uſque in infinitum : Et ſi tales perſonæ inter ſe coierint , nefarias atque inceſtas nuptias contraxiſſe dicuntur . Et hæc adeo vera ſunt , ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco ſibi eſſe cœperint , non poſſint inter ſe matrimonio jungi , in tantum , ut etiam , diſſoluta adoptione , idem juris maneat . Itaque eam , quæ tibi per adoptionem filia vel neptis eſſe cœperit , non poteris uxorem ducere , quamvis eam emancipaveris .*

NOTÆ.

1. *Inter patrem & filiam*) Intellige parentes & liberos etiam naturales tantum . Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inſpiciendus eſt : contra pudorem autem eſt , filiam uxorem ducere , *l.* 14. §. 2. *D. hoc tit.*

In infinitum) Et ita cape *verſ. 6. & 8. c.* XVIII. *Levit.*

Nefarias atque inceſtas) In ſummo ſcil. gradu. Nam in his tanta eſt turpitudo & fœditas , ut natura omnes a tali conjunctione abhorreant . Et hoc eſt inceſtum, quod jure gentium committi ſcribit Paul. *l. ult. D. hoc tit.* nec eo minus jus , quia a Perſis contemptum , ut recte Xenoph. IV. *memorab.* add. Philon. in *decal. lib.* 1. Ceterum & aliæ nuptiæ , quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur , inceſtæ dicuntur , *l.* 39. §. 1. [illegible]. *D. hoc tit. l.* 5. *de quaſt. l. ult. C. de inceſt. nupt.* De nomine hoc vid. Non. Iſidor. Feſt.

COMMENTARIUS.

1. *Genera cognationis expoſita , ubi & de ſpirituali.*
2. *Parentum cum liberis conjugia inceſtuoſa eſſe in ſummo gradu .*
3. *Ne diſſoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere licere , & quare .*

EX iis , quæ hactenus dicta ſunt , intelligimus quatuor hæc concurrere debere , ut juſtæ habeantur nuptiæ ; ut qui contrahunt, ſint cives Romani, quales apud nos omnes habentur ; ut ſint puberes ; ut conſentiant ; ut ſi ſint filiifam. conſenſum adhibeant parentum , quorum in poteſtate ſunt: quibus & quintum addi poteſt ex jure harum regionum & pia conſuetudine , ſolemnis illa poſt trinam promulgationem in eccleſia nuptiarum benedictio. Hæc , inquam , ſi intervenerint , nuptiæ juſtæ eſſe cenſentur , ſi modo inter eas perſonas contractæ ſint , inter quas nuptiæ conſiſtere poſſunt . Nam etiam quædam perſonæ jure prohibentur inter ſe nuptias contrahere . Ut autem prohibeantur , fere fit ob turpitudinem conjunctionis: quæ turpitudo vel eſt a cognatione contrahentium ; vel ab affinitate . 1 Cognatio triplex eſt ; mere naturalis ; mere civilis ; & mixta . Naturalis tantum eſt, quæ illegitimo coitu contrahitur : civilis duntaxat , quæ per adoptionem conſtituitur : mixta eſt inter eos, qui ex juſto matrimonio procreati ſunt , utroque videlicet jure concurrente , *l.* 4. §. 2. *de grad. & affin.* Speciem cognationis , quam auctores juris pontificii ſpiritualem vocant , & eſſe volunt inter ſuſceptorem & ſuſceptam ex ſacro Baptiſmate , X. *de cognat. ſpirit.* Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 6. §. 4. conſulto omiſi ; „ talem enim ☞ „ nos nullam , quæ quidem matrimonium , ut inceſtuo„ ſum , impediat , agnoſcimus : quamvis non ignore„ mus , Juſtinianum , ut fuit Princeps uſque ad ſuperſti„ tionem religioſus , de hac quoque ſpecie legem con„ didiſſe , *l. ſi quis.* 26. *circa fin. C. hoc tit.* quæ vetuſtiorem auctorem non habet . Poſtea vero Pontifices Romani in ſua , & Græci in orientali eccleſia hanc prohibitionem extenderunt uſque ad ſeptimum gradum , quaſi major eſſet cognatio ſpiritualis neceſſitudine carnali,

☞ *Vide notas cenſorias in Monita ad Lectorem num.* 11. & 12.

juxta dictum Synodi in Trullo. Extat de ea re *lib.* 4. *decretal. tit.* 11. & *lib.* 3. *jur. orient.* item *cauſ.* 30. per aliquot quæſtiones. In Concilio autem Tridentino, cum varie de hac prohibitione eſſet diſceptatum, & multi eam penitus tollendam cenſerent, placuit impedimentum ſpiritualis neceſſitudinis reſtringi ad eam cognationem, quæ eſt inter ſuſceptorem & ſuſceptam ejuſque patrem & matrem, *decret. de reform. c.* 2. *ſeſſ.* 24. ☞ „ Reformatæ vero eccleſiæ totam hanc prohibitionem, „ tanquam natam ex ſuperſtitioſo commento, ſummo- „ verunt, ne ſine cauſa conſcientiæ illaqueatentur; vid. „ Bezam *tract. de repud. & divort.* Zanch. *de oper. Dei lib.* „ IV. *c.* 1. Pura naturalis cognatio eamdem prohibitionem „ habet quam mixta, *l.* 14. §. 2. *l. & nihil intereſt.* 54. *hoc* „ *tit.* Itaque quæcunque de hac ſtatuuntur, etiam ad il- „ lam pertinere exiſtimandum eſt. „ Vinn. Spiritualis illa cognatio ex mente canoniſtarum non modo ex baptiſmo naſcitur, verum etiam ex confirmatione *c.* 1. §. *fin. de cogn. ſpirit. in* 6. immo & ex catechiſmo, quamvis eam cognationem non tam contractum quam contrahendum matrimonium impedire exiſtiment. *c.* 2. *eod. in* 6. Porro hanc cognationem ſpiritualem in *paternitatem*, quæ inter baptizantem & baptizatum, ſuſceptorem & patrinum eſt, *compaternitatem*, quæ inter parentes baptizati & baptizantem vel ſuſceptorem intercedit, & denique in *fraternitatem*, qualem inter baptizatum & liberos baptizantis, nec non ſuſceptorum ☞ contractam fingunt, dividere ſolent. Azpilcuet. *Tom.* III. *cap.* 22. *n.* 36. „ Sed hoc Pontificis inventum, ad „ emungendos pecunia laicos comparatum jam olim „ ex ipſis Romanenſibus perſtrinxerunt Petr. de Fer- „ rar. *in Prax. tit.* 33. *gl.* 4. *n.* 11. „ & vir ſummus Cujac. *ad rub.* ... *de conſangu. & affin.* Hein.

Parentum liberorumve locum) *l. nemini.* 17. *C. hoc tit.* Commodius dixiſſet inter parentes & liberos: nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. ſororis.* 29. *hoc tit.* Theoph. επι των ανιοντων και κατιοντων.

2 *Nefarias atque inceſtas*) In ſummo ſcilicet gradu. Nam in his tanta eſt turpitudo & fœditas, ut natura omnes a tali conjunctione abhorreant, & ſua ipſorum conſcientia redarguantur neceſſe ſit, qui hæc naturæ jura violant; adeoque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Œdipodarum calamitates, quibus plenæ tragœdiæ, & illæ fictæ apud Inferos pœnæ. Homer. 11. *Odyſſ. v.* 269.

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην.

Hinc Nero magis ob inceſtum, quam ob reliqua facinora deteſtabilis. De Parthis ſic Lucanus;

—— Cui fas implere parentem,
Quid rear eſſe nefas? ——

Adde Philonem Jud. in *decal. lib.* 1. Ceterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, inceſtæ, hoc eſt, incaſtæ & pollutæ (ſi Iſidoro *lib.* v. *c.* 26. credimus) dicuntur, *d. l. ſororis.* 29. §. 1. *l. etiamſi.* 56. *eod. tit. C. de inceſt. nupt.* An autem & illæ naturæ legi & honeſtati ſimiliter repugnent, poſtea diſputabimus. Earum certe, de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio eſt. Quippe inſita eſt in ipſis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex ſe natis: a qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere, a nonnullis proditum eſt. Seneca *Hippol. act.* III. *v.* 913.

Feræ quoque ipſa Veneris evitant nefas,
Generiſque leges inſcius ſervat pudor.

Affertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis, ratio, confuſio communis cognationum normæ: quæ & ipſa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & neceſſario conſequitur iſtam ſanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horreſco ad illud Œdipi apud Senecam *Thebaid. act.* 1. *v.* 134.

Avi gener, patriſque rivalis ſui,
Frater ſuorum liberum, & fratrum parens.
Uno avia partu liberos peperit viro
Ac ſibi nepotes. Monſtra quis tanta explicet?

Item ad illa Thyeſtis in *Agamem. Act.* 1. *v.* 34.

—— Verſa natura eſt retro,
Avo parentem, (proh nefas!) patri virum,
Natis nepotes miſcui, nocti diem.

Quamvis per adoptionem) Reſpectu quoque cognationis mere civilis inter parentes & liberos nuptiæ 3
prohibentur, nefaſque eſſe exiſtimatur eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptiſve eſſe cœperit, in tantum, ut etſi per emancipationem adoptio diſſoluta ſit, idem juris maneat, *l. quin etiam* 55. *hoc tit.* Neque id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem ſolvantur, *l. in omni.* 13. *de adopt.* Nam in nuptiis ſemper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus.* 14. §. 2. *hoc tit.* Patris autem perſona tam ſancta & reverenda filiæ eſſe debet, ut ad impediendas nuptias ſufficiat aliquando patrem fuiſſe. Eadem fere ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere poſſum; nempe non propter civilem aliquam neceſſitudinem, quæ nulla inter nos eſt, *l. qui in adoptionem.* 23. *de adopt.* ſed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi, propter patrem debeo, quamdiu in familia ejus ſum, & tetrum eſſet, me patris mei, licet adoptivi, fieri vitricum. Plane ſi per emancipationem ſoluta fuerit adoptio, nihil impedimento eſt, quominus eam uxorem ducere liceat: quoniam illa nunquam mihi aviæ loco fuit, ſed extranea ſemper, *d. l.* 23. *de adopt.* junct. *d. l.* 55. *hoc tit.* At enim, inquies, nec patris adoptivi uxor matris loco eſt, *d. l.* 23. eam tamen ducere non licet, ne quidem poſt emancipationem, *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Sed nimirum ſufficiat, eam aliquando novercæ loco fuiſſe, *d. l.* 14.

TEXTUS.

De fratribus & ſororibus.

2. *Inter eas quoque perſonas, quæ ex transverſo gradu cognationis junguntur, eſt quædam ſimilis obſervatio, ſed non tanta. Sane enim inter fratrem ſororemque nuptiæ prohibitæ ſunt, ſive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, ſive ab altero eorum. Sed ſi qua per adoptionem ſoror tibi eſſe cœperit, quamdiu quidem conſtat adoptio, ſane inter te & eam nuptiæ conſiſtere non poſſunt, quum vero per eman-*

☞ *Vide notam cenſoriam in Monito ad Lectorem. eod. num.* 12.

emancipationem adoptio ſit diſſoluta, poteris eam uxorem ducere: ſed & ſi tu emancipatus fueris, nihil eſt impedimento nuptiis. Et ideo conſtat, ſi quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam ſuam emancipare: & ſi quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium ſuum emancipare.

NOTÆ.

2. *Sive ab altero eorum*) Convenit *d. c.* XVIII. *Levit.* 9. 11. Athenis tamen conſanguineam ducere licebat: id eſt ſororem ὁμοπατριον, non autem ὁμομητριον. Fabrot. ex *Philon.* Sed nec vulgo quæſitam ſororem ducere licet, *l.* 54. *D. hoc tit.*

Quamdiu conſtat adoptio) Ex Cajo, *l.* 17. *D. hoc tit.* Paulus apud *Ruffin. adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.*

COMMENTARIUS.

1. *Oſtenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis ſororibus moralem eſſe & perpetui juris.*

EX *transverſo gradu*) Linea, in qua gradus cognationis ponuntur, vel directa eſt & perpendicularis, vel tranſverſa. Directa eſt vel aſcendens, in qua ſunt parentes; vel deſcendens, in qua ſunt liberi. Tranſverſa eos complectitur, qui ex latere veniunt; eſtque vel æqualis, eorum videlicet, qui pari gradu diſtant a communi parente, ut fratres & ſorores, conſobrini, patrueles: vel inæqualis, cum alter altero a communi parente eſt remotior, ut patruus, avunculus, & fratris & ſororis filii, filiæ. In linea directa, ut jam dictum eſt, prohibitio eſt infinita: in tranſverſa non item, quo nunc ſe confert Imp.

Inter fratrem & ſororem) In linea tranſverſa æquali unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet nimirum fratrum & ſororum nuptiæ, *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* quas etiam a Deo interdictas non uno loco reperimus, *Levit.* XIX. 9. & XX. 17. *Deut.* XXVII. 22. Quid ergo? an hæc interdictio ſive lex de non ducendis ſororibus & ipſa moralis eſt, perpetuamque, & naturalem cauſam prohibitionis continet? Moralem eſſe &
1 naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita per Moſen pronuntiat: *Qui acceperit ſororem ſuam, nefariam rem operatus eſt, & in conſpectu populi occidetur. Levit.* XX. 17. & *Deut.* XXVII. 22. *Maledictus*, inquit, *omnis, qui dormit cum ſorore ſua.* Adeoque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit.* XVIII. *circa fin.* qui tamen non aliam legem, quam naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* VIII. *de leg.* fratrum & ſororum conjugia ait eſſe μηδαμως ὁσια και θεομιση, και αισχρων αισχιστα. Hinc eſſe, quod in tragœdiis Macarei, cognito ſe cum ſororibus rem habuiſſe, continuo mortem ſibi conſciſcant, ſceleris pœnas a ſe ipſis repetentes, & Cicero *l. b.* 1. *de divin.* commixtionem fratris & ſororis *nefarium ſtuprum* appellat. Lucianus in *Philop.* ασελγεστατην μιξιν. Quis vero hoc eos docuit? Sola natura, quippe quæ omnes docet, ſorori ſuæ miſceri nefas eſſe, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & ſororem cadere non ſinit. Quis eſt enim, qui ſororis ſuæ, quantumvis formoſæ, nuptias aut ſtuprum appetat? Non Platonem modo, ſed experientiam provoco. *Tam a me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. act.* 1. *ſc.* 1. *v.* 51. *pudica eſt, quam ſi ſoror mea ſit.* Neque aliam ob cauſam Abrahamus credidit ſe pro marito Saræ habitum non iri, quam ſi eam ſororem ſuam eſſe diceret, *Geneſ.* XII. 12. & XX. 12. Denique non tantum Romani, ſed etiam alii populi, & omnis pene Græcia, Auctore Alex. ab Alex. 1. *genial. dier.* 24. nefandum putaverunt, iiſdem parentibus genitos invicem inceſtis nuptiis detineri. Neque vero ideo minus hoc nefas eſt, quia Ægyptii & nonnulli alii populi id licere voluerunt, ſuorum nimirum Numinum exemplo, cum Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Oſiris Iſin duxerit. Et quid ni hoc facerent, apud quos non ſolum philadelphi, verum etiam philometores fuerunt? Objici ſolet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem conſanguineum, *Alloquere Regem; non enim denegabit me tibi.* 11. *Sam.* XIII. 13. Reſp. Sive hoc Thamara ſciens commenta eſt, ut ſe præſenti periculo eriperet, ſive revera credidit, hoc quoque patri Regi licere, inde colligi non debet, aut Davidem id conceſſurum fuiſſe, aut recte facturum, ſi conceſſiſſet. Illud alicujus momenti eſt, quod hic nobis objici poteſt, & verum eſſe conſtat ex ſacra hiſtoria, oportuiſſe nimirum a primis illis hominibus ſorores duci, cum aliæ mulieres non extarent. Reſpondent Theologi, id fuiſſe neceſſitatis, & tacitæ divinæ diſpenſationis: Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures ſimul fœminas condidiſſet, ſatis intelligitur, hanc fuiſſe ipſius voluntatem, ut fratri ex ſorore ſobolem tollere fas eſſet, quod poſtea ipſa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Auguſtinus ait *lib.* XV. *de civitate Dei c.* 16. *quanto eſt antiquius, compellente neceſſitate* (intellige neceſſitatem ex illius temporis circumſtantia,) *tanto poſtea factum eſt damnabilius, religione* (id eſt, naturali averſatione) *prohibente.* Affert ibidem Auguſtinus etiam nonnullas alias cauſas, ob quas fratres & ſorores conjungi non debeant, ut neceſſitudo inter plures diffundatur, ſerpatque & propagetur civium inter ſe caritas, quam ſic extendi etiam Cicero docet. V. *de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confuſio, quæ fratrum & ſororum nuptias neceſſario ſequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non ſunt, ut quod contra fit, natura illicitum cenſeri debeat. Conſentit in hac quæſtione cum noſtris Covar. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 15. D. Tulden. *ad hunc tit. cap.* 6.

Sive ab altero eorum) In nuptiis utrum frater ſit germanus, an conſanguineus vel uterinus duntaxat, nihil intereſt. *Levit.* XVIII. 9. 11. imo nec vulgo quæſitam ſororem ducere licet. *l.* 54. *ff. h. t.* in ſucceſſionibus autem inter utrinque conjunctos arctior neceſſitudo habetur, *auth. itaque. C. comm. de ſucceſſ.* ut & olim in eadem cauſa conſanguineorum major ratio, quam uterinorum habebatur: vulgo autem quæſitorum extra ſucceſſionem matris vix jus ullum.

Quamdiu conſtat adoptio) Per adoptionem quæſita fraternitas eo uſque impedit nuptias, donec manet ad-

adoptio, aut naturalis filius in poteſtate. At ſi pater vel me in poteſtate retento filiam, quam adoptaverat, emanciparit, vel me emancipato illam in poteſtate retinuerit, poſſumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem* 17. *hoc tit.* quippe vinculo agnationis, quæ ſola haſce nuptias impedit, ſoluto. Nam reverentiæ & honeſtatis reſpectus, qui diſſoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus eſt.

Antea filiam ſuam emancipare) Alioqui dirimetur matrimonium, quod inter fratrem & ſororem, licet adoptivos, non conſiſtit, ut ex Theophilo D. Hotom. & Weſemb. hic notant, & indicat Triphon. in *l. non ſolum* 67. §. 3. *hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium manere, & adoptionem potius nullam eſſe, quod D. Bachovius magis probat, neſcio an ex ratione juris civilis defendi poſſit, quod cum nuptias inter ſororem & fratrem adoptivum prohibet, generum tamen adoptari permittit, ex conſequenti genero adoptato, nuptias perimi voluiſſe exiſtimandum eſt, non adoptionem nullam eſſe, vid. *tom.* I. *juris Græco-Rom. lib.* VIII. *c. de adopt.* *γαμος λυεται, ἡνικα τις τον ιδιον γαμβρον υιοθετησηται.* Theod. Balſam. *ad d. l.* 67. *ff. h. tit.*

TEXTUS.

De fratris & ſororis filia vel nepte.

3. *Fratris vero, vel ſororis filiam uxorem ducere non licet: ſed nec neptem fratris vel ſororis quis ducere poteſt, quamvis quarto gradu ſint: cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

NOTÆ.

3. *Fratris vel ſororis filiam*) Ex *l.* 17. *D. hoc tit. l.* 17. *C. eod. l. ult. C. de inceſt. nupt.* Ulpian. apud Ruſin. & in *fragm. tit.* 5. ſcribit permiſſum eſſe ducere filiam fratris, non etiam ſororis. Hoc Claudius invexerat, Sueton. *in Claud. c.* 26. Tac. XII. *ann. cap.* 5. *ſequ.* ſed poſtea ſublata hæc differentia, *d. l.* 17. Lege quoque divina non obſcure hæ nuptiæ vetantur hoc ipſo, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Lev.* XVIII. *verſ.* 12. & 13. eadem enim ratio eſt.

COMMENTARIUS.

3. *Nuptias cum fratris aut ſororis filia, & in univerſum inter perſonas tranſverſa linea, quæ parentum & liberorum loco inter ſe ſunt, etiam divina lege prohibitas, atque hanc quoque legem moralem eſſe.*

JUre civili nuptiæ in linea tranſverſa inæquali prohibitæ ſunt inter eas perſonas, quæ parentum liberorumve numero ſunt, *l. per adoptionem*, 17. §. 2. *l. ſororis* 39. *hoc tit. l. nemini* 17. *C. eod. l. ult. C. de inc. nupt.* *item amitam* 5. *inf. eod.* & quidem in infinitum, *l. nuptiæ* 53. *hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis conſideratur, quam in linea recta inter ipſos parentes & liberos. Sed an huic prohibitioni per omnia conſentanea ſit lex divina, quæritur. Ego equidem ſic ſentio, quamvis enim ſingula apud Moſen non ſint expreſſa, tamen quibuſdam poſitis, quæ paria ſunt, pro expreſſis habenda: cum hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus, ſimiliter ſtatuatur; nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum reſpiciatur quam ad venerationem perſonarum. Cum igitur Dominus expreſſe vetet amitæ & materteræ nuptias, *Levit.* XVIII. *verſ.* 12. & 13. intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps aſcendentium. item *αναλογως* nuptias fratris & ſororis filiæ, & deinceps ex his deſcendentium, cum patruo & avunculo, & qui ſupra hos ſunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam eſſe & partem legis moralis, ex iiſdem fere argumentis evincitur, quibus, fratris & ſororis nuptias naturæ atque honeſtati repugnare, antea demonſtravimus. Unum addam: apud Romanos, cum nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitæ eſſent, moribus tamen inceſtæ habebantur, *l. ſororis* 39. §. 1. *l. etiamſi* 56. *hoc tit.* Adeo ut ipſe Claudius Imperat. auſus non fuerit Agrippinam fratris ſui Germanici filiam uxorem ducere; niſi extorto prius ſenatuſconſulto, quo venia daretur talium conjugiorum; neque tamen reperti ſunt, quod mirum eſt in libidinoſiſſima civitate, qui ſequerentur exemplum, excepto uno atque altero peſſimo adulatore, Sueton. in *Claud c.* 26. Tac. XII. *annal. c.* 5. *ſequ.* ac poſtea ſenatuſconſultum illud a Nerva ſublatum eſt, teſte Xiphilino. Sane brevis hæc lex Nervæ fuit, ut imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudii pro licitis iterum haberi cœperunt. Nam auctore Capitolino Antoninus Pius filiam ſuam fratri uxorem dedit; quod antea nondum ſublato ſenatuſconſulto & Titum feciſſe Suetonius memorat, *Domitian. cap.* 22. Ceterum quia ſenatuſconſultum illud ſive edictum Claudii cum naturæ honeſtate pugnare videbatur, ſtrictiſſime acceptum fuit de ſola fratris filia, non autem de filia ſororis, teſte Ulp. *tit.* 5. §. 6. aut quod magis puto, jam tempore mediæ juriſprudentiæ vim amiſerat? argumento eſt, quod Cajus ſcribit, *l. quin etiam* 55. §. 1. *hoc tit.* fas non eſſe ducere neptem patris adoptivi ex filio: quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, ſeu veri fratris filiam ducere licuit? Utut eſt, tandem expreſſe edictum illud abrogatum eſt, & quidem a Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* adeo alte a natura leges iſtæ cordibus humanis inſcriptæ ſunt, congruit *l. ult.* C. *de inceſt. nupt.* *art.* 7. *ordin. pol.* VINN. *Lex* 17. *C. de nupt.* deſumta eſt ex Codice Greg. *lib.* V. *tit.* 1. §. 9. ubi ea multo integrior extat. Ibi vero nihil de fratris, ſed de ſororis filia; quam diſtinctionem etiam admittit Ulp. *tit.* 5. §. 6. Ex quibus colligimus (1) *l.* 17. *C. de nupt.* a Triboniano; locum autem Caji *lib.* 1. *Inſt. tit.* 4. §. 3. ubi & cum fratris filia matrimonium prohibetur, ab Aniano eſſe interpolatum. (2) Nervæ legem non hoc matrimonium cum fratris, ſed alterum cum ſororis filia, *συν αδελφιδη*, inhibuiſſe. (3) Primos nuptias cum fratris filia prohibuiſſe Conſtantinum & Conſtantem *l.* 1. *C. de Inceſt. nupt.* HEIN.

Quam-

Quamvis quarto gradu) Hinc apparet, jure civili licitum fuiſſe ex quarto gradu lineæ tranſverſæ uxorem accerſere, excepta ea, quæ parentis aut filiæ loco eſſet.

Cujus filiam &c. neque ejus neptem) Hæc regula ad hypotheſim revocanda eſt: cujus videlicet fratris aut ſororis, de quibus agitur: neque enim prohibeor uxorem ducere neptem avi mei, cujus tamen filiam, amitam, aut materteram meam ducere non poſſim, §§. *ſeqq.* Vera autem ratio eſt, quoniam parentum liberorumque invicem numero ſunt: ut hic aliud ſpectandum ſit quam numerus graduum, §. *item amitam* 5. *inf. l. nuptiæ* 53. *eod.*

Neque naturali neque civili) Non naturali, quia cognata mea non eſt, cum adoptio non tribuat jus ſanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l.* 12. *in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantum perſonis neceſſitudo contrahitur, quæ ſi ſanguine nos contingerent, nobis agnatæ eſſent, *l. per adoptionem* 23. *de adopt.*

Textus.

De conſobrinis.

4. *Duorum autem fratrum, vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis conjungi poſſunt.*

Commentarius.

1. *Patruelium & conſobrinorum nuptias neque civili neque divino jure prohibitas, quanquam Canones longius progreſſi.*
2. *Diſcrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

Redit ad lineam tranſverſam æqualem, in qua dicit, eos, qui quarto gradu ſunt, conjungi poſſe; nimirum fratris & ſororis liberos: idemque traditur in *l.* 3. *hoc tit. l. celebrandis* 19. *C. eod.* ſcilicet quia hic ceſſat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa
1 mihi filiæ loco ſit. Lege quoque divina, intra cujus fines etiam edicta Ordinum harum provinciarum conſiſtunt, patruelium aut conſobrinorum nuptiæ interdictæ non ſunt: adeoque ſi exempla jus faciunt, tantum non expreſſe conceduntur *Num.* XXXVI. 11. Auguſtinus, *lib.* XV. *de civ. Dei* de connubiis conſobrinorum agens, ait, ea nec divinam legem prohibuiſſe, neque ad ſua uſque tempora humanam. Prohibuerat has nuptias Theodoſius Major, ut ſcribit Aurel. Victor: ſed legem patris filii Arcadius & Honorius ſuſtulerunt, revocata priſci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandis* 19. *C. hoc tit.* Pontifices autem Romani longius progreſſi ſunt, & conjungi vetuerunt non ſolum conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octavo inter ſe diſtent, *c. non debet. de conſ. & affin. Concil. Lateran. c.* 50. cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui uſque ad ſeptimum gradum nuptias inhibebant, hoc eſt, eorum, qui jure civili decimo quarto gradu invicem contingunt, *c. progeniem & ſeq. c. nulli, & ſeq.*
35. *q.* 2. & 3. Monet hic locus, ut diſcrimen dinu- 2
merationis graduum, quod eſt inter jus civile & canonicum obiter explicemus: quippe quod ad cauſas matrimoniales ſolum pertinet: nam in ſucceſſionibus civilem computationem ſequuntur etiam in terris Eccleſiæ, teſte Schneid. *hic*; & D. Tulden. *ad tit. Inſtit. de grad. cogn.* Jure civili generata perſona gradum adjicit, ut tot eo jure ſint gradus, quot ſunt generationes, §. *hactenus* 7. *inf. d. tit.* In linea recta aut adſcenditur, quæ idcirco adſcendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur; aut deſcenditur, quæ dicitur deſcendentium, & ordinem comprehendit liberorum. In linea tranſverſa ſeu collaterali primum adſcenditur, deinde deſcenditur. Exempli gratia; ego genitus ſum a patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum: unde conſequitur fratres duobus gradibus inter ſe diſtare. Pari ratione ſi quæras, quot gradibus a te diſtet patruus tuus, adſcende primum ad avum veſtræ cognationis communem auctorem, deinde iterum deſcende ad ejus filium, qui eſt patruus tuus, & comperies eum tribus gradibus a te diſtare: & ita deinceps. Latius hæc declarantur *inf. de grad. cogn.* Jus autem pontificium aliter gradus dinumerat, *c. ad ſedem* 35. *q.* 5. Cujus juris regulæ ſunt; 1. In linea adſcendentium & deſcendentium, quot ſunt perſonæ, una dempta, tot ſunt gradus: quæ computatio in hac linea a computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod Canones perſonas numerant, jus civile generationes, & rectius. 2. In linea tranſverſa æquali, quot gradus alter diſtat a communi ſtipite, totidem utrique inter ſe diſtant. Exempli gratia, frater & ſoror diſtant inter ſe hoc jure uno tantum gradu, quia uno gradu diſtant a communi parente: & conſobrinus iſta computatione mihi eſt ſecundus, quia ab avo, qui communis utriuſque noſtrum fons eſt & origo, ſecundus numeror. 3. In linea tranſverſa inæquali, quo gradu diſtat remotior a capite, eo gradu diſtant inter ſe. Igitur fratris mei filius ſecundo gradu a me abeſt, quia ille a patre meo avo ſuo duobus gradibus diſſidet: & nepos fratris mei tertio, quia a patre meo ipſe tertius eſt.

Conjungi poſſunt) Theoph. negative reddidit. ὐ δύνανται συνάπτεσθαι, quia ſic in Oriente obtinebat. Nam poſt Juſtinianum ſub Impp. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere: Harmenop. *lib.* IV. *tit.* 9. Attal. *tit.* 26. Matth. monach. *tit. de grad. ſept. conſang.* Vinn. De tota hujus juris hiſtoria conferendus eſt Jac. Gothofred. *ad l. un. C. Th. ſi nupt. ex reſcr. pet. lib.* III. *tit.* 10. *Tom.* I. *p.* 288. Hein.

Textus.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione* ve-

verum eſt magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

COMMENTARIUS.

HUjus §. explicatio petatur ex iis, quæ ad §. 3. ſup. diximus.

Licet adoptivam) Hoc conſulto hic additum, in matertera omiſſum: nam matertera per adoptionem non magis fieri poteſt, quam avunculus, *l.* 12. *§. ult. hoc tit* eadem verba quoque repetenda ſunt in amita magna, *l.per adoptionem* 17. *in fin.eod.* VINN. Sed turbat Cajus in *l.* 55. §.1.*ff. de ritu nupt.* ubi ne patris quidem adoptivi materteram duci uxorem poſſe, ſtatuit. Enimvero matertera patris adoptivi, huic loco parentis, & hinc filio quoque adoptivo veneranda eſt, adeoque non magis duci poteſt, quam patris adoptivi vidua, *l.*14. *pr.ff. h.t.* Qualis reſpectus non eſt inter ſororem patris adoptivi & filium ab eo adoptatum. HEIN.

TEXTUS.

De affinibus, & primum de privigna vel nuru.

6. Adfinitatis quoque veneratione a quarundam nuptiis abſtinere neceſſe eſt: ut ecce privignam aut nurum ducere non licet: quia utraque filiæ loco ſunt. Quod ita ſcilicet accipi debet, ſi fuit nurus aut privigna tua. Nam ſi adhuc nurus tua eſt, id eſt, ſi adhuc nupta eſt filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc privigna tua eſt, id eſt, ſi mater ejus tibi nupta eſt, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

NOTÆ.

6. *Privignam*) Quæ ſic dicta, quod genita, antequam mater ſecundo nuberet. Feſt.

Quia duas uxores) *l.*2. *C. de inc. nupt. l.*18. *C. ad l. Jul. de adult.* Multæ quoque aliæ gentes virum unicæ mulieri copularunt. Dion. Halic. *lib.*11. Raræ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis teſtatur Tac. *de moribus Germ.cap.*XVIII. Valentinianus permittere voluit. Niceph. Caliſt. *lib.* XI. *cap.* 33. Jul. Pol. in *chron.* In rep. Chriſtiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud *Matth. c.*V. & XIX. *Marc.* X. *Luc.*XVI. Paul. I. *Cor.* VII. VINN. Valentiniani conſilium non feliciorem habuit exitum, quam olim Julii Cæſaris, qui per Helium Cæcinam ſimile quid tentaverat. Suet. *Jul. cap.* 52. Quin ſunt qui illam narrationem de Valentiniano, cujus auctor Socr. *H. E. lib.*IV. *c.* 31. falſam judicant, in primis Tillemont *dans l'hiſtoire des Empereurs Tome V. part.*I. *not.* 28. *p.*345. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Licet affinitatis nulli proprie ſint gradus, tamen quaſi quoſdam gradus affinium numerari poſſe.* & n.3.
2. *Genera affinitatis a veteribus canonibus ,, excogitata poſteriorum Pontificum decretis improbari.,,*
4. *In linea recta affinium eandem eſſe prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.*
5. *In linea affinitatis tranſverſa quatenus ſe extendat prohibitio.*
6. *Interdicta Levit.*XVIII.*quæ affines ſpectant, moralia eſſe.*
7. *Jure civili antiquo non videri inter affines tranſverſa linea prohibitionem fuiſſe.*
8. *Polygamiam in rep. Chriſtiana non eſſe tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis ſimulacrum quoddam eſt affinitas: cujus ea etiam vis eſt, ut quoſvis affines quibuſvis jungi naturæ honeſtas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter ſe diverſæ ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis fines accedit, οἱ κατ’ ἐπιγαμιαν συγγενεις, *l.* 4. §.3. *de grad. & affin.* ubi nomina quoque affinium peculiaria recenſentur. Gradus affinitatis 1
proprie nulli ſunt, quia affines ab affinibus non generantur, *d. l.* 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quo minus quaſi quoſdam gradus affinium numeremus: ſic enim & Paulus loquitur *l.*10. *per d. tit.* dicamuſque quo gradu quiſpiam eſt cognatus marito, eo gradu eſſe affinem uxori & quaſi cognatum, & contra. Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria: ut ecce; uxoris meæ filius mihi eſt in primo genere affinitatis: illius uxor in ſecundo genere: mortuo privigno meo ſi illa nubat Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis; ſic uxoris meæ frater mihi eſt in primo genere affinitatis; uxor illius in ſecundo; quæ ſi mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. ,, Sed 2
,, ſecundum & tertium genus affinitatis temere excogitatum poſteriores Pontifices merito abrogarunt: ,, nam qui uxori non ſunt conſanguinei, non poſſunt dici marito affines, & contra, ac proinde non ,, prohibeor, verbi cauſa, uxorem ducere eam, quæ ,, fratri uxoris meæ quondam nupta fuit, *c. non debet. & ibi Gloſſ. de conſang. & aff.* Covar. *de matrim.* ,, *p.*2. *c.* 6. §. 7. *n.*6. ,, Non obſtat quod Papinianus reſpondet in *l.*15. *hoc tit.* uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere: hoc enim non eam rationem habet, quod affines ſint; ſed quod honeſtas & pudor naturalis non patiatur mecum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio eſt in *l.*14. *pr.eod.* Naſcitur affinitas ex unione viri & uxoris, 3
qui cum matrimonio juncti unum fiant, neceſſe eſt vinculo iſto etiam utrinque cum iis connecti ipſorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus eſt marito, fieri uxori affinem & quaſi cognatum: & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus eſt, eodem fieri affinem & quaſi conſanguineum marito; exempli gratia: in linea recta quia uxor mea uno gradu diſtat a patre ſuo, ab avo duobus, ego quoque a ſocero

☞ *Vide notam cenſoriam in Monito ad Lectorem num.* 13.

ro uno gradu, a proſocero duobus diſtabo: idemque
de ceteris cum adſcendentibus, tum deſcendentibus ſta-
tuendum. In linea tranſverſa, quia maritus a fratre
ſuo duobus gradibus diſtat, totidem diſtabit uxor a
leviro: quod ipſum quoque dicendum eſt de glore,
ſororio, fratria. Item quia uxor mea a patruo ſuo
vel avunculo tribus gradibus diſſidet; ego quoque a
ſoceri fratre vel ſorore totidem gradus abero; & ſic
deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis
prohibiti, & anne iidem omnes, qui & cognationis.

4 In linea recta eadem jure civili prohibitio in affi-
nitate, quæ in cognatione. Itaque nec ſocer nurum
nec ſocrum gener, nec vitricus privignam, nec pri-
vignus novercam ducere poteſt, *l.* 14. §. *ult. hoc tit. l.
nemini* 17. *C. eod.* quod & Juſtinianus *hoc & ſeq.* §. do-
cet, prohibitionis hanc rationem afferens, quod in-
vicem parentum & liberorum loco ſunt: cui proinde
conſequens eſt, nec inter proſocerum & pronurum,
nec inter vitrici patrem & proprivignam, & ſic por-
ro, nuptias licitas eſſe, *d. l.* 14. §. *ult. art.* 8. & 9. *ordin.
pol. Levit.* XVIII. *verſ.* 8. 15. & 17. Atque hanc etiam pro-
hibitionem perpetuam eſſe & moralem, evincit locus
Apoſtoli 1. *ad Cor.* V. ubi tale ſtuprum ne inter gentes
quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat,
& M. Tullius in *orat. pro Cluent. cap.* 6. cum ſocrum
genero nupſiſſe narraſſet, ſubdit: *O mulieris ſcelus in-
credibile, & præter hanc unam, in omni vita inauditum!*
atque in hoc quoque nobis aſſentiuntur plerique Pon-
5 tificiorum. Covar. *de matrim. p.* 2. *c.* 6. §. 10. *n.* 19. In
linea tranſverſa æquali neque frater uxorem defuncti
fratris ducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis nubere
poteſt, nec maritus cum ſorore uxoris, aut uxor cum
fratre mariti conjungi, quoniam affinitate inter ſe ſunt
facti fratres & ſorores *l.* 5. *l. pen. & ult. C. de inc. nupt.*
facit *d. c. Levit.* XVIII. *verſ.* 16. quo loco cum fratris cum
uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita
quoque cenſeri debet ſororis cum marito ſororis ſuæ
conjunctio, ex ratione, quam affert Moſes, quia in-
quit, fratris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud decla-
rat, quam quia uxor fratris tui eſt: ut jam affinitate
tu illi frater, illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi
naturæ honeſtas non patitur. Apud nos hæc prohibi-
tio etiam expreſſa eſt, *art.* 10. *d. ord. pol.* In tranſverſa
affinitatis linea inæquali Dominus expreſſe apud Mo-
ſen. *d. c. verſ* 14. vetat conjungi fratris filium cum u-
xore defuncti patrui, cui conſequens eſt: 1. nec ſororis
filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe,
2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris
aut ſororis, 3. nec amitam aut materteram cum ma-
rito filiæ fratris aut ſororis; de quibus poſterioribus
ſpeciebus etiam nominatim apud nos cautum eſt, *art.*
11. *d. ord. pol.* Sed an æque ex conſequenti prohibitæ
intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut mater-
tera uxoris ſuæ, aut cum fratris vel ſororis uxoris ſuæ;
ſive leviri aut gloris filia, nonnulli dubitant, propter-
ea quod hæc conjunctio non videtur tam longe re-
cedere ab honeſtate & verecundia, quam præceden-
tes illæ. Minus enim, ajunt, verecundum eſt pa-
truum meum cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit,
conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem mi-
ſceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio
habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſive
cum duabus conſanguineis. Atque ut putet aliquis
ordini naturæ minus convenire, ut quis ducat & ma-
ritali imperio ſubjiciat amitam aut materteram uxoris
ſuæ, quod iſtæ illi loco parentum ſunt, hanc tamen
rationem ceſſare in filia leviri aut gloris. At enim ve-
ro ſi in univerſum ſpectamus cauſam, ob quam nu-
ptiæ in prædictis omnibus affinitatis gradibus prohi-
bentur; videlicet quia vir & uxor in unum corpus coa-
leſcentes non amplius duo ſunt, ſed una caro; in uni-
verſum etiam dicendum videtur eoſdem gradus affini-
tatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in
cognatione: & propoſitionem illam *Levit.* XVIII. 6. *Ad
proximam ſanguinis ſui nemo accedat*, etiam ad affines,
qui pro conſanguineis ſunt, pertinere; & tam late pa-
tere, quam late patet prohibitio inter ſanguine jun-
ctos. Baſilius *in epiſt.* ad Diodorum; congruit *art.* 8.
ordin. pol. Plane ut non æque graviter omnes peccant,
nec puniendi ſunt, qui prohibitam in ordine cognato-
rum dueunt, ſed levius, qui ex tranſverſa, gravius,
qui ex recta linea uxorem ſumunt: ita etiam gravius
delictum eſt, ex recta affinitatis linea, quam ex tranſ-
verſa uxorem ſumere. Sunt vero etiam hæc interdi- 6
cta, quæ affines tranſverſæ lineæ ſpectant, moralia &
perpetui juris: neque enim Deus gentes ob ſingula fa-
cta cum ſingulis interdictis pugnantia puniviſſet, niſi
in ſingulis peccaſſent contra jus naturæ: notentur par-
ticulæ univerſales, quibus ſingulos caſus deſignat legiſ-
lator, cum idcirco gentes punitas ſubjicit. At enim,
inquies, ſi lex de non ducenda fratria. *Levit.* XVIII. 16.
perpetuam & naturalem cauſam prohibitionis habet,
qui fit, quod fratria certo caſu duci jubetur? *Deut.*
XXV. 5. Jus enim naturale eſt immutabile. Reſpondent
doctiores Theologi, jus naturale duplex eſſe, unum
tale, ut abſolute in ſe ac eſſentia ſua æquum & ju-
ſtum ſit, quicquid eo continetur, ac proinde prorſus
immutabile; alterum, quod æquitatem & juſtitiam
continet in rerum natura ſola Dei voluntate impreſ-
ſam, ut a creatura naturæ ductu adprobaretur; ac po-
ſterius hoc jus uti a legiſlatoris voluntate dependet,
ita & per eam aliquando ex cauſa peculiari mutari:
ſic quamvis jus naturæ vetet ſuum cuiquam auferre;
Deum tamen de iſto jure diſpenſaſſe, *Exod.* XII. *v.* 35.
36. quum Iſraelitis mandaret, ut Ægyptiis ſua aufer-
rent. Atque ita etiam forte Deus in ſanctis olim quæ-
dam matrimonia conceſſit propter ſancti generis pau-
citatem. Eademque ratio eſt legis de fratria certo
caſu ducenda, excitandoque fratri ſine ſobole defuncto
ſemine, videlicet ut in nomen primogeniti conſerva-
retur familia, & primogenita Chriſti nunquam inter-
moritura ſignificaretur. Auguſtin. *quaſt.* 61. *in Levit.* ☞
„ Ceterum nemo hominum hic quicquam ſibi vindica-
„ re poteſt. Igitur, ut tandem concludamus, dicimus,
„ leges omnes de conjugiis a Deo per Moſen Iſraelitis
„ datas morales & æternas eſſe, atque haud ſecus con-
„ ſtringere omnium hominum vitam, quam ipſa Deca-
„ logi præcepta, cum Ant. Contio II. *ſubſec.* Beza *de re-
„ pud. & divort.* Zanchio *lib.* IV. *de oper. Dei c.* 1. *theſ.* 7.
„ Bucan. *loc. de conjug. quaſt.* 21. In qua ſententia etiam
„ Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. literas* 13. *de
„ reſtit. ſpol.* multique e Pontificiis, adeoque doctiſſimi
„ ſcholaſticorum, qui proinde etiam aperte docuerunt,
„ nec ipſum Pontificem Romanum diſpenſare poſſe, ut
„ ma-

☞ *Vide notam cenſoriam in Monita ad Lectorem num.* 14.

„matrimonium contrahatur in aliquo ex gradibus pro-
7 „hibitis, *d.c.*XVIII. *Levit.* Prolixum horum Catalogum „habet Sanches *de matr.lib.*VI. *diſp.*52.*n.*7.„ Apud veteres Romanos, ut hoc quoque obiter dicam, non videtur tranſverſa affinitatis linea prohibitionem habuiſſe: idque exemplo doceri poteſt, quod afferunt M. Tullius *lib.*1. *de divin. cap.*46. & Val. Maximus *lib.* 1. *c.* 5. de Metello, qui mortua uxore Cæcilia filiam ſororis Cæciliæ in matrimonium duxit: quod tamen neuter eorum ut novum refert. Quamvis autem D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit in hac linea in univerſum, puta ſi frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut ſororis; vel contra filius fratris aut ſororis uxorem patrui aut avunculi ducere voluiſſent: tamen ego crediderim, apud Romanos jura affinitatis morte unius e conjugibus pro extinctis habita fuiſſe: utique ſi liberi ex eo matrimonio non ſupereſſent. Nam apud Plutarchum legimus, Marcum illum Craſſum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxiſſe, neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis eam diſſolvi voluerunt, ſalva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum, & liberorum loco fuerant, *arg. hujus & ſeq.*§. adeoque eadem fere ratio affinitatis fuit, quæ adoptionis, qua & ipſa ſoluta nuptiæ non impediuntur, niſi ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſiſterent. §.2. *ſup.* Sed profecto magnum diſcrimen eſt inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt: affinitas vero etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, quo pertinet illud Pontificis, in *c.*1. *cap.*35.*q.*1. *uno defuncto in ſuperſtite affinitatem non deleri*. VINN. Conjectura Vinnii, quod jura affinitatis morte unius conjugis extincta ſint, nihil eſt verius. Confirmant illam non ſolum exempla a Vinnio, & poſtea a V.C. Bern. Henr. Reinoldo *Var. cap.*24. *p.*196. *ſequ.* adducta, verum etiam edictum Conſtantini, Conſtantis & Juliani *l.*2. *C.Th. de inceſt.nupt.* quo primum id mutatum. Ubi adde Gothoft. *Tom.* 1. *p.*296. HEIN.

Quia utraque filiæ loco) Regula juris civilis eſt, eos qui in numero parentum aut liberorum ſunt, conjungi matrimonio non poſſe, *l. nuptiæ* 53. *hoc tit.* cui regulæ locus eſt non tantum in cognatione, ſed etiam in affinitate, *l.*14. §.*ult. eod.* & quamvis jure civili, ut ſupra diximus, id tantum obtinuiſſe videatur in recta affinitatis linea, ob reverentiæ cujuſdam honeſtatis reſpectum, qui ceſſet in iis, qui ex tranſverſo gradu invicem affines ſunt, tamen & alias eſſe hujus prohibitionis cauſas, & quidem maximi momenti, eoſdemque gradus affinitatis jure divino prohiberi, qui & cognationis, paulo ante docuimus, *dict. Levit.*XVIII. *verſ.*13. & 17. & 1. *ad Corinth.*V.

Si fuit nurus tua) Ergo diſſoluta demum affinitate huic prohibitioni locus eſt; quod & diſerte exprimitur in §. *ſeq.* ibi; *diſſoluta demum affinitate*. Qui locus conjecturam noſtram adjuvat, mortem unius e conjugibus affinitatem diremiſſe; ſed ob perſonarum venerationem & pudorem naturalem nuptias nihilominus interdictas fuiſſe inter eos, qui affinitate parentes & liberi fuerant. Utique cauſam prohibitioni dedit ante contracta affinitas.

Eadem duobus nupta) Unam apud plures nuptam eſſe, e diametro pugnat cum recta ratione, quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis eſt. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuiſſe legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. *adverſus Marc. manente matrimonio nubere adulterium eſt.*

Duas uxores eodem tempore) Duas aut plures uxores apud unum nuptas eſſe, multi putant non pugnare cum naturali ratione, cum apud pleraſque gentes id licitum fuiſſe legamus; adeoque ipſe Deus hanc polygamiæ ſpeciem populo ſuo permiſerit. Sed non deeſt quod reponatur, vide quæ dixi ſub §. 1. *ſup. de patr. pot.* Utut eſt, conſtat ex iis, quæ a 8
Chriſto dicuntur apud *Matth.*V. *v.* 32. & XIX. *v.* 9. *Marc.* X. *v.* 4. *Luc.* XVI. *v.*18. & quæ ſcribit Paulus 1.*Corinth.*VII. polygamiam in repub. Chriſtiana non eſſe tolerandam: quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ ſimul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantum conſtitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, ſed etiam apud Græcos, & jam a tempore Cecropis Athenienſium regis, vid. Pet. Fabr. 11. *ſemeſt.*1. Germanos quoque noſtros ſingulis uxoribus contentos fuiſſe ſcribit Tacit. *de morib.Germ. cap.*XVIII. Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulaſſe teſtatur Dionyſ. Halicarnaſ. *lib.*11.

TEXTUS.

De ſocru, & Noverca.

7. Socrum quoque & novercam prohibitum eſt uxorem ducere: quia matris loco ſunt. Quod & ipſum diſſoluta demum adfinitate procedit: alioquin ſi adhuc noverca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia ejus tibi nupta eſt, ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.

NOTÆ.

7. *Duas uxores*) Bigami pœna capitalis eſt; Theophil. ὑποκεισεται τῷ της μοιχειας εγκληματι. 60. *Baſil. lib.* 37. *c. pen.* & recte, nam ut ait Tertull. *adv. Marc. Manente matrimonio nubere adulterium eſt*, fac. *l.*18. *C. ad leg. Jul. de adult.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. & ſuperioris eadem plane eſt ſententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De Comprivignis.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem ſororemve ex matrimonio poſtea contracto natos.*

NOTÆ.

8. *Mariti filius ex alia uxore*) Titius cum haberet filium ex conjuge defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Q. an inter filium Titii & filiam Semproniæ nuptiæ conſiſtant? R. conſiſtere. Ratio eſt, quia nulla eſt inter comprivignos affinitas; utpote quæ ultra perſonas matrimonio junctas non extenditur. Weſ.

Recte contrahunt) *l.* 34. *§. pen. D. hoc tit. l.* 134. *pr. de verb. oblig.* neque *Levit.* XVIII. *verſ.* 11. prohibentur nuptiæ αλληλοπρογονων, ſed fratris & ſororis ὁμοπατρια ſive conſanguineæ.

COMMENTARIUS.

Cognati perſonarum, quarum interventu & copula contracta eſt affinitas, inter ſe nuptias contrahere non prohibentur, & ratio eſt perſpicua: quia inter eos nulla eſt affinitas, utpote quæ ultra perſonas conjunctas non extenditur: hoc eſt, cognati quidem uxoris marito ſunt affines; & contra cognati mariti affines uxori; ſed ipſi cognati utriuſque non ſunt inter ſe affines: alioqui ſimulacrum cognationis latius pateret, quam ipſa cognatio, *l.* 34. *§. pen. h. tit. l.* 134. *pr. de verb. oblig.* Hinc igitur eſt, quod inter comprivignos contrahi nuptiæ poſſunt, quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas ſorores ducere non prohibentur. Quanquam hic recte facturos arbitror, qui magis id quod honeſtum eſt, quam quod licet, inſpiciant, ne ordo cognationis, cujus imago eſt affinitas, nimium perturbetur: quod fit, ſi, verbi cauſa, pater filiam, filius matrem uxorem ducat, idque & Beza notat, *tract. de repud. & divort.* Putaverunt quidam, nuptias comprivignorum vetari *Levit.* XVIII. *verſ.* 11. Ant. Matth. *in not. hic* & D. Cyprian. Regn. *in cenſ. Belg.* Sed perſpicuus error eſt. Illic enim non comprivignorum, αλληλοπρογονων, ſed fratris & ſororis conſanguineæ, id eſt, ab eodem patre ex alia & ſecunda uxore ſuſceptæ, prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat *verſ.* 9. ubi prohibentur nuptiæ ſororis germanæ & uterinæ duntaxat. Verba Moſis ſunt, *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & eſt ſoror tua, non revelabis.* In verſione 70. eſt, ὁμοπατρια αδελφη. VINN. Sed error tamen non adeo perſpicuus videtur. Quum enim in fontibus legatur מולדת participium activum, non paſſivum מולדת vix poteſt textus aliter verti, quam hoc modo: *Non deteges turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quæ peperit patri tuo, tanquam ſororem tuam.* HEIN.

Licet habeant fratrem ſororemve) Communi fratre aut ſorore ex novo parentum matrimonio poſtea ſuſceptis, videri poterat arctius privigni conjungi, attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. reſpondit *l. generali* 34. §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De quaſi privigna, quaſi nuru, & quaſi noverca.

9. *Si uxor tua poſt divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non eſt quidem privigna tua: ſed Julianus ab hujuſmodi nuptiis abſtineri debere ait. Nam conſtat, nec ſponſam filii nurum eſſe, nec patris ſponſam novercam eſſe: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujuſmodi nuptiis abſtinuerint.*

NOTÆ.

9. *Uxor tua poſt divortium*) Ex *l.* 12. §. 1. 2. & 3. *D. hoc tit.* Vix eſt, ut hujuſmodi caſus nunc exiſtat. Sed & pridem apud Romanos deſierunt bona gratia matrimonia diſſolvi. De jure, quod antea obtinebat, Auguſtin. 1. *ad Valer. de nupt. & concup.* 10. *& de bon. conjug.* VIII.

Non eſt privigna) Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quod prius quam mater ſecundo nuberet, genitus eſt. Feſt. Græcis Προγονος.

Abſtineri debere) Propter honeſtatem; quæ in conjunctionibus ſpectatur, *l.* 42. *D. hoc tit.* ἐν τοις γαμοις ου μονον το επιτετραμμενον ζητουμεν, αλλα και το ευπρεπες, ut ajunt interpretes Canonum: Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

Nec ſponſam filii nurum) Proprie ſponſa non eſt uxor, *l.* 12. §. 1. & 2. *hoc tit.* Improprie tamen appellatione nurus ſponſam quoque accipimus, *l.* 6. *l.* 8. *D. de grad. & affin.* Eſt enim ſponſa quaſi uxor: & ſponſus quaſi maritus Tertul. *de vel. virg. Deſponſata enim quodammodo nupta.*

COMMENTARIUS.

1. *Sponſalibus proprie non contrahi affinitatem.*
2. *Ex illegitima etiam conjunctione affinitatem naſci.*

Superius dictum eſt, privignam tibi loco filiæ eſſe, eo quod mater tibi nupta eſt, nec poſſe te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo rite ſolutum ſit matrimonium. Quæritur igitur, ſi uxor tua poſt divortium alteri nupſerit, & ex eo filiam procreaverit, an ne eam quidem uxorem ducere poſſis? Ratio dubitandi, quia non eſt privigna tua, utpote genita poſtquam mater ſecundo nupſit. (Nam ut Feſtus ſcribit, *privignus inde dictus eſt, quod prius genitus ſit, quam uxor ſecundo nuberet*, Græcis προγονος;) aut ſi rem mavis, quam notationem inſpicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat, cum matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujuſmodi nuptiis abſtinendum eſſe, recte placuit *l.* 12. §. 3. *hoc tit.* ob conſuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

Nam conſtat, nec ſponſam filii) Nudis ſponſalibus proprie non contrahitur affinitas, ſed nuptiis duntaxat. 1
Sponſalia enim nihil aliud ſunt, quam mutua futurarum nuptiarum repromiſſio; *l.* 1. *de ſponſal.* quam libere liceat infringere, *l.* 6. *d. tit. l.* 1. *C. eod.* ac proinde verbi cauſa, ſponſa filii mei nurus mea non eſt, nec patris ſpon-

ſa proprie noverca. *l. 12. hoc tit.* Quid eſt igitur, quod juriſconſulti reſpondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *l. 6. l. 8. de grad. & aff. l. 3. l. 4. de leg. Pomp. de parr. l. 13. §. 3. ad leg. Jul. de adult.* Nempe id minus proprie dici conſtat, & locum habere, cum ſponſalia adhuc durant, & ſpes eſt fore, ut matrimonium propediem ſequatur: ſolutis autem ſponſalibus, & ſpe nuptiarum penitus ſublata, nulla amplius intelligitur affinitas, de qua ſpecie agitur hoc noſtro §. & *d. l. 12.* ac ſolum honeſtatis cauſa nuptiæ inter perſonas enumeratas prohibentur, eoque pertinent *l. ſemper 42. hoc tit. l. ſemper 197. de reg. jur.* Igitur quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Juſtinianus a comparatione minorum. Et ita profecto eſt, ut mihi multo minor ſit cum ſponſa filii mei neceſſitudo, quam cum illa quaſi privigna: quippe cujus matrem in matrimonio habui, ex qua forte & liberos, qui illi fratres ſunt, ſuſcepi. At ſponſam filius meus nunquam attigit, ac fortaſſis ne vidit quidem, ut hic ſola honeſtas cauſam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipue in hoc negotio reſpicitur, & a Moſe detectionis no-
2 mine honeſte ſignificatur. De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas? Sed dicendum eſt, contrahi. Nam ſi ex quovis coitu, quantumvis illegitimo, naſcatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certe a cognatione, quæ ex contubernio ſervorum deſcendit, affinitatem ſervilem Paulus arguit. *l. 14. §. 3. hoc tit.* Neque ob aliam cauſam, quam ob affinitatem, prohibetur filius patris ſui concubinam uxorem ducere, *l. 4. C. eod.* aut in concubinatu habere, *l. 1. §. 3. de concub.* Quod autem Modeſtinus reſpondit, *l. 4. §. ſciendum 8. de grad. & aff.* Affinitatem non niſi ex juſtis nuptiis oriri; de plena & perfecta affinitate intelligendum eſſe vel ex eo liquet, quod eodem loco ſcribit; nec cognationem extra nuptias conjungi, contra quam ipſe definit §. 2. *ejuſd. l. 4.*

TEXTUS.

De ſervili cognatione.

10. *Illud certum eſt, ſerviles quoque cognationes impedimento nuptiis eſſe, ſi forte pater & filia, aut frater & ſoror manumiſſi fuerint.*

NOTÆ.

1) *Serviles cognationes*) Ex *l. 14. §. 1. D. hoc tit.* idemque obſervatur & in ſervilibus affinitatibus, *d. l. 14. §. 3.* Nam in nuptiis naturale jus & pudor inſpicitur. *d. l. 14. §. 2.* Alias non facile ulla ſervilis videtur eſſe cognatio. *l. 1. §. 2. D. unde cogn.*

Manumiſſi) Nam ſervorum inter ſe nullum matrimonium eſt. Utique tamen nec ſervile contubernium inter has perſonas permiſſum. Weſ.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima conſuetudine naſcitur cognatio, quæ nuptiis impedimento ſit, *l. nuptiis 57. & ſeq. hoc tit.* conſequens eſt, etiam ex ſervorum conjunctione cognationem hujuſmodi naſci. *l. 14. §. 2. eod.* Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inſpicitur. Natura autem omnes homines æquales ſunt: adeoque quod in cognationibus ſervilibus conſtitutum eſt, etiam in ſervilibus affinitatibus obſervatur, *d. l. 14. §. 3.*

Manumiſſi fuerint) Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi ante manumiſſionem patri filiam aut fratri ſororem in contubernio habere liceat: ſed ideo additum, quia de nuptiis hic quæritur, quas conſtat inter perſonas ſerviles non conſiſtere. Plane quia ſervi ob conditionis vilitatem digni non habebantur, quos lex obſervaret, ideo nec leges, quibus pœna inceſtus aut adulterii conſtituta eſt, ad ſervos pertinere exiſtimantur; ut proinde nec eadem ſeveritate ob inceſtum aut violatum contubernium coercendi ſint, quo cives Romani & legum nexu juncti. *l. 6. ad leg. Jul. de adult. l. ſervi 23. l. qua adulterium 29. C. eod.* Atque hoc eſt, quod Paulus ſcribit *l. 10. §. 5. de grad.* ſerviles cognationes ad leges non pertinere. Jure pontificio etiam inter ſervos matrimonium eſt, *cap. 1. x. de conjug. ſerv.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11. *Sunt & aliæ perſonæ, quæ propter diverſas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digeſtorum ſeu Pandectarum ex jure veteri collectarum, enumerari permiſimus.*

COMMENTARIUS.

S*Unt & aliæ perſonæ*) Quales ſunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur, *l. tutor 36. & ſeq. l. ſenatus-conſulto 59. & ſeq. hoc tit. l. 1. & paſſim. C. de interd. matr. int. pup. & tut.* Item præſes, vel qui officium in provincia adminiſtrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. ſi quis 38. l. qui in provincia 57. hoc tit. l. un. C. ſi quac. præd. pot.* Lege quoque Julia vetatur ſenator ducere libertinam, aut quæ ipſa, cujuſve pater artem ludicram fecerit. *l. lege Julia 44. hoc tit.* Quæ cum hodie non obtineant, non eſt operæ pretium plenius perſequi. vid. Ritterſh. *lib. 1. diff. 20. n. 22.* Zypæ. *not. jur. Belg. de ſponſal. pr.* Groenew. *de ll. abrog. ad tit. Cod. ſi quac. præd. pot.*

TEXTUS.

De pœnis injuſtarum nuptiarum.

12. *Si adverſus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt: ſed tales ſunt (quantum ad patriam poteſtatem pertinet,) quales ſunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur: quum & iis pater incertus ſit, unde ſolent* ſpurii *appellari παρὰ*

την

των σποραν, & απατορες, quaſi ſine patre filii. Sequitur ergo, ut diſſoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus ſit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ ſacris conſtitutionibus continentur.

Notæ.

12. *Nec vir nec uxor*) Sunt enim hæc *εννομα ονοματα*, juſti conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injuſtarum conjunctionum eſt, quod ipſo jure tales nuptiæ nullæ ſint: ſicut nec cetera conſiſtunt, quæ contra leges fiunt, *l.* 5. C. *de legib.* Vinn. Sanctionem hanc ex lege Papia Poppæa eſſe, pridem obſervarunt Merill. *Obſ. lib.* v. *c.* 11. & Jac. Gothofr. *ad leg. Pap. Popp. c.* 4. Attamen hæc lex quamvis injuſtas pronuntiaret nuptias contra leges contractas, eaſdem tamen non reſcindebat. Hinc nec vir nec uxor quidem intelligebatur, ſed tamen non divellebantur. Dos non intelligebatur, ſed ea tamen non niſi mortua muliere caduca fiebat. Ulpian. Fragm. *tit.* 16. §. *ult.* Primum ergo oratione D. Marci cautum, ut inter hujuſmodi perſonas nec nuptiæ eſſent. *l.* 16. *pr. ff. de* R. N. *l.* 3. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & ux. l.* 42. §. 11. *ff. de* R. N. Ex eo ergo tempore hujuſmodi uxor ne retineri quidem poterat. Hein.

Nec dos) Matrimonium quidem ſine dote eſſe poteſt, at dos eſſe non poteſt ſine matrimonio, *l.* 3. *D. de jur. dot.*

Quantum ad patriam poteſtatem) Comparatio eſt natorum ex illegitimo matrimonio cum vulgo conceptis, quantum attinet ad patriam poteſtatem. In hoc ſpuriorum & injuſtorum liberorum par eſt conditio, quod ſicut ſpuriis pater incertus eſt, ita qui naſcuntur ex injuſto coitu, patrem non habere credantur: quoniam licet patrem demonſtrare poſſint, eum tamen habent, quem habere non licet, *l.* 23. *D. de ſtat. hom.*

Cum & iis) Cujacius legit, *cum & is pater incertus eſt.*

Quaſi ſine patre) Non quod ſine patre ſint, *ανευ δε πατρος τεκνον ουκ ειη ποτ' αν*, ait Euripides; ſed quoniam vulgivaga Venere natis pater incertus eſt. *Spurius* apud Romanos eſt primum nomen, ſicut *Sextus*, *Decius &c.* iiſdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæſitos deſignabant, niſi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interpoſito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgo concepti *Spurii* dicerentur. Plutarch. *quæſt. Rom. cap.* 11. Vinn. Neſcio an huc referenda ſit elegans inſcriptio apud Grut. *p.* ccccxxxiv. 4. ubi C. MAMERCIUS JANUARIUS dicitur SP. F. Non poſſunt hæ litteræ legi SPURIUS FILIUS, uti viſum eſt Scaligero in Indice, quia non erat vulgo quæſitus, ſed P. PACCII JANUARII FILIUS NATURALIS, uti ex ipſa inſcriptione patet. E concubinis vero nati Spurii non dicebantur, nec parentes hoc vocabulum adſcripſiſſent filio, in dignitate conſtituto, *Ædili*, *Prætori*, *Duumviro & Quæſtori iterum.* Neque hæ literæ legi poſſunt *Spurii filius*. Pater enim naturalis dicebatur Publius, non Spurius. Conſequens ergo eſt, ut veteri more a Plutarcho obſervato docetur S.P.FIL. id eſt *ſine patre filius.* Hein.

Commentarius.

1. *Refellitur error eorum, qui putant, nuptias filiorumfam. ſine parentum conſenſu contractas accedente copula confirmari.*
2. *Extra nuptias quæſitos omnes quoad patriam poteſtatem pro vulgo conceptis & ſpuriis haberi.*
3. *Dotis aut donationis nomine ob injuſtas nuptias data, caduca fieri.*
4. *Prohibitarum nuptiarum pro varietate negotii & circumſtantiarum varias eſſe pœnas.*

Illegitimæ conjunctionis duplex pœna: nam & ipſo jure tales nuptiæ nullæ ſunt, & præterea qui ita coeunt, pro qualitate delicti caſtigantur. Primum dicimus, hujuſmodi nuptias ipſo jure non ſubſiſtere, ſicut nec cetera ſubſiſtunt, quæ contra leges fiunt, *l. non dubium* 5. C. *de legib.* unde ſequitur, quod hic ait Juſtinianus, nec virum, nec uxorem, nec matrimonium, nec dotem, in tali conjunctione intelligi, quippe quorum nominum uſus in juſtis nuptiis duntaxat. Dubitari autem non debet, quin primis hujus §. verbis, *Si adverſus ea, &c.* contineantur etiam nuptiæ filiifam. ſine patris conſenſu contractæ, ut & ipſæ neutiquam jure conſiſtant, *l.* 2. *hoc tit. fac. l. dotis* 68. *de jur. dot. l.* 13. §. *ſi quis* 6. *ad leg. Jul. de adult.* & liberi ex tali coitu ſuſcepti injuſti ſint: quam in rem expreſſus textus eſt in *l.* 12. *de ſtat. hom.* Atque hic locus vel unus ſufficit ad refellendum eorum errorem, qui contendunt, nuptias ſine patris conſenſu contractas, utut ab initio irritæ ſint & nullius momenti, accedente tamen corporum conjunctione confirmari. Ait Paulus *d. l.* 11. liberos ex tali conſortio natos injuſtos eſſe. An igitur exiſtimant, etiam ſine conjunctione corporum liberos naſci? Quid porro tam abſurdum eſt, quam dicere concubitum, rem ſine matrimonio illicitam, confirmare actum ipſo jure nullum, hoc eſt, efficere, ut ratum & juſtum ſit matrimonium, quod contra leges contractum eſt? Atque hoc tantum non fatetur Franc. de Amaya, Hiſpanorum Conſultorum diſertiſſimus *lib.* 1. *obſ. jur. c.* 4. *n.* 10. & 11. quamquam *n.* 12. & *ſeq.* perperam Paulum interpretatur, quaſi hoc juriſconſultus ſentiret, liberos conceptos ex matrimonio, quod quis ſine patris conſenſu contraxit, natoſque poſt mortem avi, juſtos quidem non cenſeri ex tempore conceptionis, ſed tamen tales eſſe a tempore nativitatis: quæ interpretatio tam a ratione juris, quam a mente & verbis Juriſconſulti plane aliena eſt: nec juvatur, ſed refellitur illa ipſa *l.* 6. *C. hoc tit.* quam ad confirmationem interpretationis ſuæ vir doctiſſimus affert. Occaſionem errori dedit reſponſum Ulpiani *l.* 1. §. *ult. de lib. exhib.* quo tamen loco manifeſte loquitur Juriſconſultus de nuptiis ab initio voluntate patris contractis, qui poſtea genero offenſus pro poteſtate ſua filiam vult abducere, & nuptias rite contractas diſſolvere. Neque enim nuptias illas, ſi contra leges initæ fuiſſent, Ulpianus appellaret concordans & liberis ſubnixum matrimonium. Sic etiam, quod apud Paulum II. *ſent.* 19. §. 1. legimus, eorum, qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus matrimonia jure non contrahi, ſed contracta non ſolvi; non ita accipiendum eſt, quaſi ratum ſit matrimo-

nium, quod ſine voluntate patris contractum eſt; hoc enim diſerte idem Paulus negat *d. l. 11. de ſtat. hom. & d. l. 2. hoc tit.* ſed ſi volente patre contractum ſit, non ideo poſtea diſſolvendum: quod pater in ea voluntate non perſeveret, *l. cum hic ſtatus 32. §. ſi ſocer 19. de don. int. vir. & ux. l. 5. C. de repud.* D. Duar. *ad tit. ſol. matr. c. 2. de nupt.* Et tamen etiam hoc caſu pater juſta cauſa interveniente filiam, licet renitentem & renitente genero, domum abducere poteſt, *d. l. 5. C. de repud.* Priſcis temporibus etiam laxior hic patris poteſtas fuit. *In Sticho* Plauti Antipho filias ſuas Panegyrin & Pinacium ob hoc ſolum vult abducere, quod mariti paulo diutius abeſſent domo: ad quem Panegyris, *act. 1. ſcen. 2. v. 73. 74.*

Aut olim, niſi tibi placebant, non datas oportuit:
Aut nunc non æquum eſt abduci, pater, illiſce abſentibus.

Apud Nonium ſic Afranius:

O indignum facinus adoleſcentis, optimas,
Bene convenientes, concordes cum viris,
Repente viduas faciat ſpurcitia patris.

In eandem rem Cujac. ad *Nov. 22.* adducit Ennii locum, ubi ita queritur filia:

Injuria abs te afficior indigna, pater:
Nam ſi improbum eſſe Chreſiphontem exiſtimaveras
Cur me huic locabas nuptiis? Sin eſt probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

☞ „ Quamvis autem eo jure, quo nos hodie utimur, divortia liberorum, quorum matrimonio initio conſentit pater, non ſint in poteſtate & arbitrio patris non magis, quam in poteſtate matris olim fuerunt, *l. 4. C. de repud.* ea tamen parte conſtitutionem juris civilis adhuc ſequendam eſſe contendimus, qua matrimonia invitis aut inſciis parentibus contracta injuſta & irrita eſſe; liberoſque inde natos illegitimos pronuntiat: quoniam ab hac parte & legis divinæ ſtat auctoritas. *Exod. XXII. 17.* Et qui aliter ſentiunt, anſam præbent illudendi parentibus, frænoſque laxant indomitæ libidini. Miramur adeo patres Tridentinos, quod, cum profiteantur ſanctam Dei Eccleſiam clandeſtina matrimonia ex juſtiſſimis cauſis ſemper deteſtatam eſſe & prohibuiſſe, tamen anathemate feriant, qui ea vera eſſe & rata negant, *ſeſſ. 14.* vid. Tim. Fab. *in diſp. anniverſ. ad hunc §.* D. J. a Sande *lib. II. rer. jud. tit. 1. cap. 4.* ubi utriuſque ſententiæ præcipuos auctores citat tum Theologos, tum Juriſconſultos; D. Joan. Chriſten. *de ſponſ. diſſ. 1. quæſt. 20.*

Quantum ad patriam poteſtatem) Comparatio eorum, qui ex injuſto matrimonio nati ſunt, cum iis, quos mater vulgo concepit, quoad patriam poteſtatem cujus ſolius rei gratia hic de nuptiis quæritur, & neutri quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur; quoniam nemo, reſpectu eorum, quæ ſunt juris civilis, filius intelligitur, niſi qui ex viro & uxore natus eſt, *l. 6. de his qui ſui vel al. jur.*

2 *Quum & iis pater incertus ſit*) Hæc verba non obſcure innuunt, non tantum vulgo quæſitos incertum habere patrem, ſed etiam eos, qui ſunt ex injuſtis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonſtrare non poſſe, certum eſt. Unde Diogenes conſpicatus meretricis filium lapidem in turbam hominum conjicientem, *Cave*, inquit, *ne patrem ferias*. At nati ex ea, quæ cum uno tantum, licet illicite rem habuit, non videntur dici poſſe habere incertum patrem, quod & verum eſt. Sed tamen quantum ad patriam poteſtatem attinet, (quod ideo etiam nominatim expreſſit Juſtinianus hic,) non modo vulgivaga Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæſiti ſunt, licet patrem demonſtrare poſſint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæſitis ſpuriiſque habentur, *l. vulgo 23. de ſtat. hom. l. 3. C. ſol. matr.*

Παρα την σποραν) Apud Theophilum eſt, quaſi *σποραδην*, id eſt, *ſparſim, vulgo, promiſcue* concepti. quod magis probo cum Weſemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. *in quæſt. Rom. XI.* Scribit enim, hanc appellationem inde natam eſſe, quod Romani iiſdem notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæſitos deſignabant, niſi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interpoſito puncto, tanquam *ſine patre*. Atque hinc eſt quod Hotom. & Weſemb. pro eo, quod vulgo legitur, *ἀπάτορες*, *quaſi ſine patre filii*, ſubſtituerunt, *quaſi* S. P. i. e. *ſine patre filii*, quomodo & Theophilus legiſſe videtur.

Nec dotis, nec donationis) Quod dotis aut donationis propter nuptias ob injuſtum conjugium datum eſt, caducum fit, id eſt, fiſco vindicatur, *l. 4. auth. inceſtas C. de inc. nupt. l. neceſſe 52. l. dote 61. hoc tit. l. cum hic ſtatus 32. §. ult. de don. int. vir. & ux.* præterquam ſi qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi cauſa decepti ſunt, aut ætatis lubrico lapſi. *d. l. 4. C. de inc. nupt.* In fœminis etiam error juris excuſatur, ſed poſitivi duntaxat; eoque referimus, *l. 1. C. de cond. ob cauſ. dat. l. 7. C. de don. int. vir. & ux. l. 2. §. 2. de his quib. ut indig.* add. Sich. *in d. l. 4.* Chriſtin. *vol. I. deciſ. 337. & vol. III. deciſ. 129. n. 6.* 3

Et alias pœnas) In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ conſtitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas jure gentium nuptias contraxerit, an jure civili duntaxat, ſciverit, an ignoraverit; in facto erraverit, an in jure: mas ſit, an fœmina: major, an minor, vid. *l. ult. hoc tit. l. 4. l. 6. cum auth. ſeq. C. de inc. nupt. Nov. 12. l. un. C. ſi quac. præd. pot.* quæ multam irrogat pecuniariam infamiam, *l. pen. C. de interd. matr.* cum infamia pœnam ſtupri, *l. 18. C. de adult. l. ſi adulterium 38. pr. §. 1. & ſeqq. ead.* & ibi Bart. & DD. add. Gloſſ. & DD. *ad hunc loc.* Covar. *de matr. p. 2. c. 6. §. 8.* Chriſtin. *vol. III. dec. 129.* Damhoud. *prax. crim. c. 94.* 4

TEXTUS.

De legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui ſtatim, ut nati ſunt, in poteſtate parentum non ſunt, poſtea redigantur in poteſtatem patris; qualis eſt is, qui dum naturalis fuerat, poſtea curiæ datus, poteſtati patris ſubjicitur: nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, ſed ad quam pater conſue-*

tu-

☞ *Vide notam cenſoriam in Monito ad Lectorem num. 15.*

cuditem habuerat, poſtea ex noſtra conſtitutione dotalibus inſtrumentis compoſitis, in poteſtate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio præbuit.

Notæ.

13. *Qui dum naturalis*) Natus ex concubina, non ex ſtupro, ſcorto, aut conjunctione legibus vetita, *l. 44. C. de epiſc. & cler. Nov. 74. c. 6.* Balſam. ad *ſynod. Laodic.* in quo errat Theophil. Nam concubina legibus cognita, non meretrix.

Poſtea curia datus) In curiam cooptatus, curialis factus, *l. 9. C. de nat. lib.* Modus hic legitimandi manat ex conſtitutione Theodoſii, *l. 3. C. eod.* & Leonis, *l. 4. eod.* deque eo latius agit Juſtinian. *Nov. 89. c. 2. & ſeq.* Cauſam præbuere onera curialium. Theophylact. *in Marc. cap.* XV. *Sozom.* 1. *c.* 8.

A muliere libera) Id eſt, ingenua *l. 10. C. d. tit.* idem tamen eſt, ſi eſt libertina vel ancilla, *Nov. 18. c. ult. Nov. 89. c. 8.* Cujac.

Dotalibus inſtrumentis) Id eſt, *nuptialibus*; ut in *d. l.* 10. & alibi ſæpe. Tabulas autem neceſſarias eſſe, arguunt quotquot ſunt loci, in quibus de hac ſpecie legitimationis agitur. In conſtitutionibus Græcis appellatur *διὰ προικῴων ποιήσεως*.

Quod & aliis liberis, qui poſtea) Cujacius legit, *Quod ſi alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* ut ſit ſenſus, liberos antea ſuſceptos a Juſtiniano æquari poſtea natis, ut poſteriores in hæreditate patris potiores non ſint, ſed una eademque lance trutinentur, ut eſt in *d. l.* 10. Malim tamen legere cum Hotom. *Quod & ſi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c. §. 2. inf. de her. quæ ab inteſt.* de quo dubitatum fuit propter *d. l.* 10. ut conſtat ex *l.* 11. *C. eod.* ubi hæc quæſtio deciditur. Ut ut eſt, beneficio Principali non indigent, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt. Introduxit poſtea Juſtinianus & tertium legitimationis genus per reſcriptum Principis, *Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. & 10.* Vinn. Nec Cujacii nec Hotomani conjectura rem extricat. Eam expedivit ampliſſimus Corn. van Bynkersh. *Obſ. II.* 11. reſcribi jubens: *Quod, ut aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio præbuit.* Et ita hic §. plane congruit *legi* 10. *C. de naturalibus lib.* ad quam Juſtinianus hic reſpicit. Hein.

Commentarius.

1. *Objectum legitimationis eſſe liberos naturales; nec tamen omnes, qui ita appellantur aut appellari poſſunt.*
2. *Speciem legitimationis per oblationem curiæ ab uſu receſſiſſe.*
3. *An nepos ex filio naturali per ſubſequens matrimonium avi, defuncto patre, avo fiat legitimus.*
4. *Legitimationem jure civili non procedere, niſi intervenientibus inſtrumentis nuptialibus, ſecus jure Can. quod mores hodierni ſequuntur.*
5. *Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos juſtum non haberi ſine diſpenſatione.*
6. *De legitimatione per reſcriptum Principis.*

Tranſit hic Imp. ad alterum modum conſtituendæ patriæ poteſtatis quæ legitimatio dicitur, eo quod liberi extra nuptias ſuſcepti hoc modo efficiuntur legitimi, & patris poteſtati ſubjiciuntur. Species legitimationis tres ſunt: nam aut per curiæ oblationem fit, aut per ſubſequens matrimonium, aut denique per reſcriptum Principis, quarum duæ priores hic tantum proponuntur: tertius enim modus eſt ex legibus novellis. Sunt qui quartam ſpeciem adjiciunt, Gudelin. *lib. 1. de jur. noviſſ. c. 16.* Perez. *ad tit. C. de nat. lib. n. 16.* nominationem filii in teſtamento aliove inſtrumento habente ſubſcriptionem trium teſtium a patre factam, *Nov. 117. c. 2.* unde *auth. ſi quis C. de nat. lib.* ſed ea probatio potius eſt matrimonii & præſumptio pro liberis, non quod facti, ſed quod nati ſint legitimi, quam proprius modus legitimandi.

Qui dum naturalis) Objectum legitimationis ſunt liberi naturales: non omnes tamen, qui ita appellantur, aut appellari poſſunt. Nam primum huc non pertinent liberi ex juſto matrimonio nati, qui & ipſi nobis naturales ſunt, & ita appellari ſolent, quando adoptivis opponuntur, *pr. & §. ſed ſi 7. tit. ſeq. §. 2. inf. de her. quæ ab int. l. ſi pater 29. l. non poteſt 31. de adop.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non ſunt nati ex legitimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. lib.* Ceterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia eſt. Matri omnes ſunt naturales, etiam ex illicitis & inceſtis nuptiis procreati, etiam vulgo quæſiti, qui & matri ſuccedunt ex SCto Orficiano, *§. pen. inf. de ſen. Orf.* Patri illi duntaxat, qui ex concubina ſuſcepti, *arg. hujus §.* DD. *in l. pen. de concub.* poſt Gloſſ. *ibid.* Quod autem iidem DD. requirunt, ut mulier ſpecie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales eſſe, qui foris ſuſcepti ſunt, aut etiam domi ex famula, uſus non obſervat; adeoque apud nos meliore conditione non eſt concubina, quam quævis alia, quæ corporis ſui poteſtatem alicui facit, teſte D. Grotio 1. *manuduct.* 12. Igitur qui ex ſtupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, naſcuntur, patri hic naturales non ſunt, ſed ſimiles illis, quos mater vulgo concepit; quos conſtat non eſſe objectum legitimationis, cum nec patrem demonſtrare poſſint, *§. præc.* Quamvis inſpecta rei veritate omnes, qui ex nobis nati ſunt, licet vulgo quæſiti, nobis ſint liberi naturales; atque in iis, quibus jus naturale inſpicitur, ut in contrahendis nuptiis, pro talibus habeantur, *l. 14. §. 2. hoc tit.* De natis ex contubernio ſervili nihil attinet dicere; cum eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuiſſe videtur, quam natorum ex concubina, quia etiam jus ſuccedendi iis datum eſt una cum liberis legitimis, *inf. de ſerv. cogn. in fin. pr.* Jure can. ut ſupra dictum eſt, etiam inter ſervos matrimonium eſt. Nobis ut ſervitus incognita, ita & ſervile conſortium. Objectum igitur legitimationis ſunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

Poſtea curia datus) Primus legitimandi modus eſt oblatio curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat, quod Romæ ſenatus, & decuriones, qui ſenatores, in

inde dicti, quod ex iis qui in coloniam deducebantur, decima pars conſilio publico ſive curiæ adſcribebatur, auctore Pompon. *l. pupillus* 239. §. *decuriones* 5. *de verb. ſign.* In Impp. conſtitutionibus vulgo *curiales* appellantur. Cauſam hujus legitimationis impulſivam fuiſſe Hotom. ſcribit, inopiam decurionum, eaque onera, quæ huic ordini, alioquin honorifico, ſatis gravia incumbebant, quibusque mancipabantur; ita ut nec ipſi, nec eorum liberi inde eximi potuerint, niſi certis modis. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 9. *C. de natur. lib.* Naturalis quoque filia, ſi curiali uxor a patre data eſſet, jus fi-
2 liæfam. adipiſcebatur *d. l.* 3. De hoc legitimandi modo latius agit Juſtinian. *Nov.* 89. *c.* 2. *& ſeqq.* nobis incognitus eſt, atque ab uſu eum receſſiſſe teſtantur Mich. Graff. §. *ſucceſſio quæſt.* 19. *n.* 19. Gudelin. 1. *de jure nov.* 16. *in fin.* D. Kinſchot. *de reſcr. gr. tr.* 6. *c. num.* 1. Chriſtin. *vol.* III. *deciſ.* 145. *n.* 18. VINN. Ita vulgo curiæ dationem interpretantur, ac ſi decuriones facti eſſent illi liberi naturales, quos pater curiæ obtuliſſet. Sed alii ſunt curiales, alii decuriones. Hi in dignitate vivebant: illi curiæ erant obnoxii, *l.* 55. *C. de decurion.* adeoque curiæ ſerviebant, *l.* 50. *C. eod.* periculo ſuarum facultatum, *l.* 60. *&* 64. *C. eod.* & hinc nec alienare poterant paternas facultates, *l.* 4. *C. de nat. lib.* nec militiæ adſcribi. *l.* 17. *C. de decur.* nec conditionem propriam relinquere. *tot. tit. C. Th. de his, qui condit. propr. reliqu. lib.* 12. *tit.* 18. quæ conditio curialis etiam filios ſequebatur. *l.* 7. *C. Th. de decur. lib.* 12. *tit.* 1. quin &, qui curialis filiam duxerat, & heres, non exſtantibus liberis, fuerat factus, curiæ mancipabatur. *l.* 124. *C. Th. eod.* Curiæ itaque obnoxii fiebant illegitimi, a patre oblati, non ſtatim decuriones, quos a curialibus ipſe Jac. Gothofredus *in paratitlis ad C. Th. tit. de decur.* non ſatis diſtinxit. vid. Merill. *Obſ. lib.* VII. *c.* 26. *p.* 109. HEIN.

Nec non is, qui ex muliere libera) Secundus legitimationis modus eſt, cum pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per ſe hæc vis eſt, ut liberi ex iis nati legitimi ſint & in poteſtate patris: ſed ut ante nati nuptiis ſubſecutis legitimi fiant, extrinſecus nuptiis accedit & a beneficio legis eſt, cujus ſolius poteſtate legitimi cenſentur, vid. de hoc originis paternæ confirmandæ modo *l.* 10. *C. de natur. lib. Nov.* 89. *c.* 8.

Cujus matrimonium minime interdictum) Hoc ex eo neceſſario efficitur, quod concubina uxor ducenda eſt. Satis eſt autem, ut uxor eſſe poſſit, licet ad tempus impediatur, veluti ſi præſes provincialem in concubinatu habuerit, & finita adminiſtratione provinciæ eam
3 uxorem ducat, *l. ult. de concub.* Nepotem etiam per ſubſequens avi matrimonium defuncto jam patre legitimum avo fieri cenſent Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 8. §. 2. *n.* 22. *& ſeqq.* Chaſſan. *ad conſuet. Burgund. tit. de ſucceſſ. rubr.* 8. §. 5. *n.* 42. *& ſeq.* Fachin. III. *contr.* 56. D. Tulden. *comm. hic c.* 4. *& ad tit. C. de natur. lib. num.* 4. & noviſſime D. J. Chriſten. *diſſ.* 3. *de matr. q.* 25. Quod ego non video, quomodo procedere poſſit. Nam aut nepos & ipſe naturalis eſt, & legitimus effici non poteſt, ne patre quidem vivente, niſi pater ipſe ſuam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem eſt filium naturalem ſuccedere in locum patris ſui, & perinde legitimum fieri, avo concubinam, unde pater natus eſt, uxorem ducente, ut ipſe filius fieret, ſi viveret. Aut natus eſt nepos ex juſta filii uxore, & legitima plane perſona eſt, incognitaque jure noſtro legitimatio ejus, qui jam legitimus eſt, ad ſolum effectum ſuccedendi. Sed & filio defuncto ſublatum eſt medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem pertingat: falſum enim eſt, quod præſupponunt legitimationis hujus hanc eſſe vim, ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam ſi hoc verum eſſet, neceſſario ſequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio poſtea ſuſcepto ex legitima uxore, mortua ante nuptias cum concubina contractas, de quo Tiraquel. *de jur. primogen. quæſt.* 34. Jo. Chriſten. *diſſ.* 3. *de matr. quæſt.* 23. item liberos etiam non conſentientes legitimos fieri, contra *Nov.* 89. *c.* 11. Nihil in contrarium facit, quod quis nepotem adoptare poſſit, etiamſi filium non habeat, §. *licet* 5. *tit. ſeq.* Nam a diverſis nulla illatio eſt: & omnino matrimonium cum concubina non poteſt legitimare liberos, niſi ex ea ipſa concubina natos; quæ & communior ſententia eſt, vid. Gail. II. *obſ.* 141. *n.* 9. Val. Forſter. *tr. de ſucc. ab int. lib.* 1. *quæſt. quib. cauſ. hi eff. ceſſ.* Bachov. in *Treutl. vol.* I. *diſp.* 2. *theſ.* 7. VINN. Sequitur VINNIUS Bachovium: ſed utriuſque argumentis jam ſatisfactum a B. Hubero in *Prælect. ad ff. lib.* 1. *tit.* 7. §. 10. HEIN.

Dotalibus inſtrumentis) Dotalia inſtrumenta hic accipere debemus inſtrumenta quævis nuptialia, etiamſi de dote danda nihil in iis cautum ſit: alioqui ſequeretur, natos ex paupere concubina, quæ dotem dare non poſſit, hoc modo legitimari non poſſe, quod perquam durum eſt. Et Juſtinianus *l.* 10. *C. de nat. lib.* promiſcue hiſce vocibus utitur: & alibi ſæpe hæc inſtrumenta nuptialia γαμικα συμβολαια vocat duntaxat, §. 2. *inſ. de her. qua ab int. Nov.* 74. *pr.* Quod autem in omnibus iis locis, in quibus de hac 4
legitimatione agitur, horum inſtrumentorum perpetuo meminit, ſatis firmum argumentum eſt, iis non intervenientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem eſt, matrimonium ſolo conſenſu perfici; ſed hic non tam quæritur de matrimonio contrahendo, ejuſve contracti propria vi & poteſtate, quam de effectu ſpeciali legitimationis, quem matrimonium non ex ſe, ſed legis auctoritate habet, quæ ſolemnitatem inſtrumentorum ad id deſiderat; haud dubie, ut liquido & perpetuo conſtare poſſit, non tantum, an ea, quæ concubina fuit, maritali poſtea affectu & pro uxore habita ſit: verum etiam an liberi, & quinam legitimati ſint, quod inſtrumento omnino inſerendum, cum non alii, quam qui volunt, legitimentur. *Nov.* 89. *c.* 11. Male igitur argumentatur Ant. Math. *coll. Inſt.* 11. *diſp.* 1. *theſ.* 25. Jure autem can. inſtrumenta nuptialia intervenire neceſſe non eſt *c. tanta* 6. *X. qui fil. ſint legit.* ſicuti nec moribus noſtris, D. Tulden. *comm. hic c.* 11. Perez. *ad tit. C. de natur. lib. n.* 9. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 310 *num.* 11. *& ſeqq.* quod tamen cum dicimus, non excludimus publicas illas futurarum nuptiarum denuntiationes, quæ in eccleſiis ex ſcripto recitandæ; *art.* 3. *ord. pol.* Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea ſuſceptos retro 5
legitimos facit. Gail. II. *obſ.* 141. *n.* 8. D. Tulden. *ad tit. C. de natur. lib.* quod tamen apud nos non pro-

procedit ſine diſpenſatione, propter *d.art.3.ordin.pol.*

Quòd & aliis liberis, qui poſtea) Vitioſa proculdubio hæc lectio eſt. Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt, legitimos eſſe? Quamobrem cum Hotom. lego, *Quod etſi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint, &c.* de quo dubitari poterat propter conſtitutionem Juſtiniani in *l.* 10. *C. de nat. lib.* & dubitatum fuiſſe conſtat ex *l.* 11. *C. eod.* ubi hæc controverſia deciditur, add. §. 2. *inf. de hær. quæ ab inteſt.*

6 Tertium genus legitimationis poſtea acceſſit, nempe quæ fit per reſcriptum Principis. Per reſcriptum Principis legitimantur liberi naturales ad ſupplicationem patris, qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non poteſt ducere, puta quia mortua ſit, aut ſe ſubducat, vel non honeſte, poteſt, ob vitæ ſcilicet turpitudinem, *auth. præterea C. de natur. lib. Nov.* 74. *cap* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. & 10. vel ad ſupplicationem filii, ſi pater eum hæredem inſtituit, vel teſtamento dixit, deſiderare ſe, ut natalibus reſtituatur, *d.c.* 10. Poteſt ſane Princeps ex plenitudine poteſtatis filium naturalem legitimum facere, etiamſi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre inire poſſit. Ceterum non intelligitur Princeps id velle facere, niſi reſcripto id nominatim comprehenſum fuerit, Mynſ. 1. *obſ.* 31. Gail. 11. *obſ.* 142 *n.* 8. Perez. *ubi ſup. n.* 12. Plane non reſcinditur legitimatio ſemel conceſſa, quamvis poſtea ex juſto matrimonio ſoboles patri agnaſcatur, D. Tulden. *ubi ſup. n.* 5. Hæc legitimatio, tantum in bonis legitimantis tribuit legitimato, quantum liberis legitimis jus naturæ, *deciſ. ſupr. Cur. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam conſentiunt; neque ad feuda pertinere, niſi id quoque nominatim cautum ſit, notat D. Grot. 1. *manud.* 12. add. Mynſ. v. *obſ.* 42, D. Kinſchot. *d. tr.* VI. *c.* 5. *n.* 2. Paulo plenius de hac ſpecie legitimationis deque clauſulis, quæ reſcriptis inſeri nunc ſolent, tractat D. Gudelin. *de jur. noviſſ. lib.* 1. *cap.* 15. add. D. Chriſt. *vol.* 1. *deciſ.* 199. *num.* 18. & *vol.* III. *deciſ.* 145. D. Andr. Gail. *d. obſerv.* 142. Vinn. Quæ de effectu, quod ad feuda, addidit Vinnius, ea non obtinent, niſi Princeps legitimans ſimul ſit feudi dominus. Immo nec tunc quidem admittuntur legitimati, niſi deficientibus agnatis, quibus jus ſemel quæſitum ſine injuria adimi nequit. 11. *Feud.* 26. Schrad. *Part.* 7. *c.* 5. *n.* 23. Hein.

Titulus Undecimus.

De Adoptionibus.

D. Lib. 1. *Tit.* 7. *C. Lib.* 8. *Tit.* 48.

1. *Continuatio, & ſumma tituli, tum quid ſit adoptio, & quam antiqua ejus origo.*
2. *Hodie adoptionem ab uſu receſſiſſe: ſed in Germania aliiſque nonnullis provinciis receptam unionem prolium, adoptionis quoddam ſimulacrum.*

1 Expoſiti ſunt in ſuperiori titulo duo priores modi conſtituendæ patriæ poteſtatis, nuptiæ & legitimatio: ſequitur nunc tertius adoptio. Adoptio eſt actus legitimus, quo in jus & locum filiorumfam. adſciſcimus, qui nobis extranei ſunt, in ſolatium eorum, qui liberos non habent, προς την παραμυθιαν απαιδων, inventus Græcis vocabulo ſignificantione dicitur υιοθεσια. Genus eſt actus legitimus, ſive legis actio, *l.* 3. *l.* 4. *h. tit. l.* 1. *C. eod.* quæ quid ſit, dicemus inferius §. 1. *hujus tit.* Sequentia differentiam continent, qua hic actus a reliquis legis actionibus diſcernitur, quales ſunt emancipatio, manumiſſio, & ſi quæ ſunt ſimiles. Poſtrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expreſſit, & indicat Ulpian. *l.* 15. §. 2. *hoc tit.* itemque Cicero *orat. pro dom. ſua.* Tria autem fere ſunt, quæ *hoc tit.* tractantur. Primum dividitur adoptio in duas ſpecies, quæ ſuis definitionibus explicantur; tum docetur, qui adoptare adoptarive poſſint: poſtremo, quæ ſit vis utriuſque adoptionis, oſtenditur. Origo adoptionis antiquiſſima eſt. Non enim Romani ſolum, verum etiam Græci in ſolatium orbitatis filios ſibi adſciſcere ſolebant, ut ex Æginetico Iſocratis, & Plutarcho in *Theſeo* liquet. Apud Hebræos quoque & Aſſyrios atque Ægyptios in uſu fuiſſe adoptionem, teſtes ſunt Joſeph. 1. *antiqu.* 15. Beroſ. *lib.* v. *de florat.* Diod. Siculus IV. *Biblioth.* Moſes a filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. c.* 11. Nec Franci olim nec Longobardi uſum adoptionis ignorarunt, ut ex Paulo Diacono & Trithemio obſervavit Greg. Tholoſanus *lib.* x. *ſyntagm.*
c. 6. Ceterum hodie jure veteri adoptionis non utimur: 2
nam adſciti a nobis non pro liberis, ſed pro alumnis ſunt, hoc eſt, eo loco, quo ſunt liberi alieni, quos ut noſtros enutrimus: quos quidem nihil prohibet etiam hæredes inſtituere, ut quemlibet extraneum; liberorum autem jure non cenſentur, nec agnationis. Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has perſonas conſiſtunt, ſicut cum alumna jure civili, *l. ſi quis* 26. *C. de nupt.* quo tamen jure neque filia patri adoptivo, neque ſoror adoptivo fratri, qui in ejuſdem patris poteſtate ſit, nubere poteſt, §. 1. & 2. *tit. præced.* & neceſſe non eſt eas hæredes inſtituere aut exhæredare, ut jure Rom. liberos adoptivos. §. *adoptivi* 4. *inf. de exhær. lib.* nec ad ſucceſſionem ab inteſtato vocantur, vel ut liberi, vel ut agnati aut cognati. De moribus harum regionum teſtantur Grot. 1. *manud.* 6. Gudelin. 1. *de jur. Nov.* 15. Chriſtin. *vol. deciſ.* 185. de conſuetudine Galliæ Manſuer. *de probat. num.* 34. Tiraq. *tract. de retract. gl.* 8. §. 1. ubi tradit nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, & Greg. Tholoſ. *ubi ſup.* Fallitur ergo D. Eguin. Baro, dum ea, quæ de adoptionibus Jure Rom. conſtituta ſunt, adhuc

valere debere ideo contendit, quod nihil de iis co nprehenſum ſit leg.bus Gallorum propriis, conſtetque inter pragmaticos, quod jure proprio definitum non eſt, jure communi, hoc eſt, Romanorum dirimi; quo etiam conſtitutiones Principum nos identidem remittant. Etenim non minus de eo inter omnes pragmaticos convenit: ſi quando Principes jubent jus Rom. ſequi, ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum eſſe, ut locum duntaxat habeat, ſi Jus Rom. generali & manifeſta deſuetudine abrogatum non ſit. Nam neque de ſervis quicquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus: an ergo idcirco dicemus ſervitutem ibi tacite approbatam cenſeri? Quod ideo monere viſum eſt, ne quis in hujuſmodi controverſiis hoc argumento ſibi imponi patiatur. In Germania paſſim, & nonnullis aliis provinciis conſuetudine recepta eſt imago quædam adoptionis, conjunctio ſive unio prolium, quas conjuges ex diverſis matrimoniis ſuſceperunt. In hoc contractu & magiſtratus auctoritas intervenire debet, & exacta cognitio adhiberi, præſentibus & conſentientibus conſanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata diſcordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate, D. Andr. Gail. II. *obſ.* 125. VINN. Multa hic accumulat Vinnius, quæ vix admittenda ſine examine. Nam I. quæ de uſu pragmatico adoptionis dicit, non dixerim, ſi quis hodie extraneum arrogaverit ſolemniter, illum hunc non filium ſed alumnum habiturum. In Germania ſaltim eo caſu omnes effectus adoptionis & arrogationis obtinere, & ipſe obſervavi, & jam pridem exemplis docuit B. Strykius *in Uſu ff. ad tit. de adopt.* & *de capite minut.* Idem de Friſia noſtra adfirmat B. Huber. *in prælect. ad Inſt. h t.* §. 14. ubi itidem exemplum illuſtre II. Vix puto, in provinciis his, ubi poſtremis demum ſeculis jus Romanum receptum eſt, quærendum eſſe, an jus Rom. abrogatum? ſed an & quatenus in hac vel illa materia receptum ſit? ſic ſane jura de ſervis, quæ exempli loco adfert Vinnius, non deſuetudine apud nos abrogata, ſed nunquam recepta ſunt, quippe quæ non congruebant ſtatui rerum publicarum ſeptentrionalium. III. Unio prolium, & in ipſa Germania rariſſima, vix quidquam commune habet cum adoptione, quia non eſt modus conſtituendi patriam poteſtatem, ſed pactum ſucceſſorium, qualia inter Germanos plurima recepta ſunt. HEIN.

TEXTUS.

Continuatio.

Non ſolum autem naturales liberi, ſecundum ea quæ diximus, in poteſtate noſtra ſunt; verum etiam ii, quos adoptamus.

NOTÆ.

Quos adoptamus) *l. 1. D. hoc tit.* Ulp. *tit.* 8. Eſt autem adoptio actus legitimus *l. 77. de reg. jur.* quo in locum filii adſciſcimus eum, qui nobis extraneus eſt, ad eorum qui liberos non habent, ſolatium inventus. Theoph. Græcis verbo ſignificantiore dicitur υἱοθεσία. Origo ejus antiquiſſima. Vid. Greg. Tholoſ. 10. *ſyntagm. c. 6.*

COMMENTARIUS.

Filiosfam. non ſolum natura, verum etiam adoptiones faciunt, *l. 1. hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui ſunt ex juſtis nuptiis procreati. Ea enim perpetua eſt naturalium liberorum ſignificatio cum opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum, & diverſæ ejuſdem generis ſpeciei, *§. ſed ſi 7. inf. eod. §. adoptivi. 4. inf. de exher. lib. §. 2. inf. de inoff. teſt. l. non poteſt 31. hoc tit. l. 2. §. liberi 6. ad Senat. Tert.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere: qui legitimi non ſunt, ſignificantur, & naturales duntaxat, *l. ult. tit. ſuperioris tot. tit. C. de natur. lib.* quod & in voce parentis aut patris naturalis ſimiliter obſervandum.

TEXTUS.

Diviſio adoptionis.

I. *Adoptio autem duobus modis fit, aut Principali reſcripto, aut imperio magiſtratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis poteſt eos eaſve, qui quæve ſui juris ſunt, quæ ſpecies adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magiſtratus adoptamus eos eaſve, qui quæve in poteſtate parentum ſunt, ſive primum gradum liberorum obtineant, qualis eſt filius, filia, ſive inferiorem, qualis eſt nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

NOTÆ.

I. *Duobus modis*) Ex Cajo *l. 2. D. hoc tit.*

Principali reſcripto) Hoc ſtante repub. auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. *lib.* v. *c.* 19. Gruch. III. *de comit. Rom.*

Imperio magiſtratus) Apud quem eſt legis actio, *l. 4. eod. l. 1. C. eod. l. 3. D. de off. proconſ.* Hæc ſpecies generis nomen retinet, ut ſæpe alias, cum proprium nomen deeſt. Boet. ad *top.* Cic. *lib.* II. *Fit vero id ſæpe, ut ſpecies iiſdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

COMMENTARIUS.

1. *Adrogationes olim non niſi auctore populo comitiis curiatis fieri ſolitas: & ideo mutato ſtatu reip. Principis auctoritatem in hoc actu neceſſariam fuiſſe.*
2. *Adoptio in ſpecie apud quos, quo ritu olim fieret, & quomodo nunc fiat.*

Duæ ſunt ſpecies adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur, altera quia proprio caret, generis nomine adoptio appellatur, quod in jure noſtro frequenter uſu venit. Nam cum plura ſint negotia, quam vocabula, *l. 4. de præſc. verb.* ſæpe fit ut verba, quæ vi

vi ſua generalem ſignificationem habent, ex inſtituto loquentis certam ſpeciem indicent, eam nimirum, quæ proprio nomine deſtituitur, & cui fere tum ſpecies ejuſdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi ſolet, ut obſervare licet in vocibus cognationis, ſervitutis, contractus, actionis & ſexcentis aliis. Adrogatio eſt adoptio eorum, qui ſunt ſui juris, facta auctoritate Principis. Duo igitur ſunt hujus adoptionis propria; primum quod eorum tantum eſt, qui ſui ſunt juris: alterum, quod fieri debet
1 auctoritate Principis. Cur vero Principis auctoritas in hoc actu neceſſaria? Nimirum quia antea populi fuit. Nam jure a majoribus prodito nemo, qui ſui juris erat, in alienam poteſtatem tranſire poterat, niſi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata, arbitri erant pontifices: formula hæc, *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius ſiet, quam ſi ex eo patre matreque familias ejus natus eſſet: utique ei vitæ neciſque in eo poteſtas ſiet, uti patri endo filio eſt*. Gell. v. *cap.* 19. Gruch. III. *de comit. Rom.* 3. Porro rogabatur, & qui adoptabat, & qui adoptabatur, ille an vellet eum, quem adoptaret, ſibi juſtum filium eſſe; hic, an id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam eſſe ſcribit Cajus *l. 2. hoc tit.* Et haud dubie inde eſt, quod adrogari non potuit, niſi jam veſticeps: nam impubes, quem inveſtem dicebant, auctor in eam rem propter ætatem fieri non poterat; neque tutoribus tanta erat poteſtas, ut caput liberum fidei ſuæ commiſſum alienæ ditioni ſubjicerent. Et quia cum fœminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier adrogari poterat, Gell. *lib.* v. *c.* 19. Cic. *pro dom.* Hæc, inquam, ſtante adhuc repub. Cujus ſtatu mutato, quod jus populi fuit, Principes uſurparunt, ex quorum reſcriptis & fœminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt, *l. nec ei* 17. *cum ſeqq. hoc tit.* Ulpian.
2 *tit.* 8. §. 4. Adoptio in ſpecie eorum eſt, qui ſunt in poteſtate, fitque auctore patre, qui in poteſtate habet, apud Magiſtratum, apud quem eſt legis actio, *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. l.* 3. *de off. procons.* Legis actio eſt id, quod fit ex præſcripto & forma legis cum ſolemnibus ad rem aliquam peragendam conſtitutis; quibus ſolemnibus peragendis ſi lex magiſtratum deſignaret, penes eum dicebatur eſſe legis actio. Ceterum etiam apud Principem recte lege agi oſtendit *l. ult. C. de his qui a non dom. man.* & quemadmodum hujuſmodi actus, cum ſint voluntariæ juriſdictionis, quivis alius magiſtratus apud ſe expedire poteſt, *l.* 4. *hoc tit. l.* 2. *de offic. prætor.* ita & Princeps tanquam ſummus magiſtratus. Quo pertinet, quod de Auguſto refert Suetonius *cap.* 64. *Cajum & Lucium*, inquit, *adoptavit domi per aſſem & libram emptos a patre Agrippa*. De hac ſpecie adoptionis ita ſcribit Gell. *d. loc. Adoptantur, cum a parente, in cujus poteſtate ſunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio eſt, vindicantur.* Interveniebant tres mancipationes, ſed duæ tantum manumiſſiones, *l. ult. C. hoc tit.* Nam ſi filius ter venditus, tertio quoque manumiſſus fuiſſet, ut in liberorum emancipatione ſui juris tertia manumiſſione factus eſſet. Itaque tertio ita vendebatur ac mancipabatur adoptatori, ut ei in jure cederetur, iſque illum tanquam filium ſuum aſſereret, & jure Quiritium, ad inſtar quodammodo ſervi, vindicaret: quod jus patrem ex lege Quiritium habuiſſe teſtatur Ulpian. *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* Ceterum tres hæ mancipationes & duæ manumiſſiones in filiorum duntaxat adoptionibus neceſſariæ erant; filiæ autem & ceteri liberi una tantum mancipatione e poteſtate patris ſui exibant, & poteſtati patris adoptivi ſubjiciebantur, *d. l. ult. C. hoc tit.* Quæ omnia procedente tempore, per imaginariam mancipationis ſolemnitatem expediri cœperunt, §. 6. *tit. ſeq.* quæ & ipſa poſtea a Juſtiniano ſublata, conſtitutumque, ut pater, qui liberos ſuos in adoptionem dare deſiderat, hoc ipſum actis intervenientibus ſolummodo apud competentem judicem manifeſtet, præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præſente, qui adoptat, *d. l. ult. & §. antepen. inf. eod.* De mancipationis ſolemnibus ſtudioſi antiquitatis conſulant Boet. *in Top. Cic.* Ræward. *c.* 16. *ad leg.* 12. *Tab.* Briſſon. *lib.* I. *antiq. cap.* 7. *de legis actionibus*, & *lib.* IV. *antiq. c.* 20. Vinn. Recte quidem Vinnius rationem reddidit, cur arrogationes fieri oportuerit auctoritate principis; quia nimirum antea auctoritate populi opus fuerit: ſed cur populus olim juſſerit arrogationes, & cur Pontificum quoque adhibita fuerit auctoritas, paucis addendum. Homo ſui juris erat civis, adeoque caput de civitate non poterat eximi, niſi auctore populo. Deinde arrogatus fiebat heres. Leges vero de hereditate inteſtatorum non poterant niſi alia lege mutari, uti acute docuit ὁ πάνυ Bynkershoek *Obſerv. lib.* II. *c.* 2. *p.* 113. Pontifices vero adhibebantur, non ob juris jurandi religionem, uti exiſtimavit Jan. Vinc. Gravina *de leg.* XII. *tab.* §. 85. *p.* 452. ſed quia arrogatus particeps fiebat ſacrorum gentilium; quæ notio Pontificum erat. Cic. *pro domo cap.* 13. Omnia hæc non erant neceſſaria, poſtquam Imperatores munia legum, magiſtratuum, immo & Pontificum ad ſe traxerant, nullo adverſante. Hein.

Textus.

Qui poſſunt adoptare filiumfamilias, vel non.

2. *Sed hodie ex noſtra conſtitutione, cum filiusfam. a patre naturali extraneæ perſonæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minime diſſolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum tranſit, nec in poteſtate ejus eſt: licet ab inteſtato jura ſucceſſionis ei a nobis tributa ſint. Si vero pater naturalis non extraneo, ſed avo filii ſui materno, vel ſi ipſe pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo ſimili modo paterno vel materno filium ſuum dederit in adoptionem; in hoc caſu, quia concurrunt in unam perſonam & naturalia & adoptionis jura, manet ſtabile jus patris adoptivi & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo conſtitutum, ut & in familia & in poteſtate hujuſmodi patris adoptivi ſit.*

COMMENTARIUS.

Olim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur, iſque, qui in adoptionem etiam extraneæ perſonæ dabatur, in patris adoptivi familiam & poteſtatem tranſibat. Ex quo jure cum non levia incommoda conſequi Juſtiniano viderentur, propterea quod fieri poterat, ut filius & patris naturalis ſucceſſionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem ſoluta, §. *ſed ea omnia* 14. *inf. de hær. quæ ab inteſt. l. pen. C. hoc tit.* (ego unum tantum caſum invenio, nimirum ſi filius poſt mortem patris naturalis emancipatus eſſet, §. *at hi* 10. *inf. d. tit.*). His incommodis ſic occurri poſſe credidit; ſi jura patris naturalis integra ſervarentur, quando filius extraneæ perſonæ in adoptionem daretur, quod & effecit conſtitutione ſua, *d. l.pen.* Extraneam autem perſonam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum ſit: unde qui a patruo aut avunculo adoptati ſunt, perinde haberi debent, ac ſi a quovis extraneo adoptati forent.

Licet ab inteſtato jura ſucceſſ.) Hoc ei a Juſtiniano ſpecialiter tribuitur. Ceterum impune a patre hujuſmodi adoptivo præteriri poteſt, alio hærede inſtituto, *d. l. pen. §. ſed ne* 1. *d. §. ſed ea omnia* 14. *inf. de hær. quæ ab int.*

Etiam avo vel proavo ſimili modo paterno vel materno) Legendum; *Etiam avo paterno, vel proavo ſimili modo paterno vel materno.* Non tam quia ita legitur in *d. l. pen.* unde hæc tranſumpta ſunt, quam quod hanc lectionem flagitat manifeſta ratio juris.

Legitimo adoptionis modo conſtitutum) In *d.l.pen.* legitur: *legitimo adoptionis modo conſtrictum.* Notant hic interpp. duo vincula fortius ligare, quam unum. Sed aliud ſignificare voluit Juſtinianus, nempe concurrente hujuſmodi naturali vinculo cum civili adoptionis, ceſſare metum ſuperioris incommodi.

TEXTUS.

De adrogatione impuberis.

3. *Quum autem impubes per principale reſcriptum adrogatur, cauſa cognita adrogatio fieri permittitur: & exquiritur cauſa adrogationis, an honeſta ſit, expediatque pupillo & cum quibuſdam conditionibus adrogatio fit; id eſt, ut caveat adrogator perſona publica, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui, ſi adoptio facta non eſſet, ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent. Item non aliter emancipare eum poteſt adrogator, niſi cauſa cognita dignus emancipatione fuerit; & tunc ſua bona ei reddat. Sed & ſi decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus ſine juſta cauſa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum tranſtulit, & quorum commodum ei poſtea acquiſivit.*

NOTÆ.

3. *Cauſa cognita*) Cauſæ cognitio olim a collegio Pontificum, Cic. *pro dom. cap.* 13. hodie a magiſtratu exercetur, adhibito conſilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l. 2. C. eod. l. ult. C. de auct. præſt.* in adrogatione puberum, etiam curatoris *l.* 8. *D. hoc tit.* quibus in rebus verſetur, docet Ulp. *l.* 15. *§. pen. & ult. l.* 17. *per tot. eod.*

Perſona publica) Manuſcripti, teſtibus Cujac. Hot. Pac. *Perſonæ publicæ, id eſt, tabulario.* Theophil. ἐν δημοσίῳ, προσώπῳ, τουτέστι τῷ ταβουλλαρίῳ. Tabulario autem non agnatis; quoniam incertum eſt, quis tempore mortis pupilli proximior futurus ſit, eique ab inteſtato ſucceſſurus, Schol. Theophil. VINN. Addendus hic omnino Franc. Amaya ad *l.* 3. *C. de tab. ſcrib. logograph. lib.* 10. ubi quid ſit *tabulario ſatiſdare*, egregie explicat. HEIN.

Dignus emancipatione) Et hoc caſu quartam, de qua mox, perdit, *l. ult. D. ſi quid in fraud. patron.*

Et tunc ſua bona) Abuſive, ut ſæpe alibi, *pro bona ejus*, impuberis ſcil. adrogati. Pac.

Quartam partem) Ex conſtitutione D. Pii *l.* 8. *§.* 15. *D. de inoff. teſt. l.* 1. *§.* 21. *D. de collat. d. l. ult. ſi quid in fraud. patron.* Eſt autem hæc ſecundum Gloſſ. & DD. non omnium bonorum adrogatoris quarta, ſed debitæ ab inteſtato portionis, *arg. l.* 8. *§.* 8. *de inoff. teſt.* quod & Græcos ſenſiſſe argumento eſt, quod quadrantem in trientem mutaverunt ex novo jure. Fabrot.

Relinquere) Recte *relinquere*, ut intelligamus non prius eam deberi, quam adrogator deceſſerit, *d. l.* 1. *§.* 21. *de collat.*

COMMENTARIUS.

1. *In adrogatione impuberum quæ cognoſcenda & excutienda.*
2. *Quid cui caveat adrogator, tum ad quos ea res pertineat.*
3. *Utrum quarta, quæ vulgo D. Pii, ſit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab inteſtato impuberi debitæ; & ſi hoc, num etiam illa aucta cenſeri debeat.*

Impuberes antea adrogari non potuerunt, ut ſupra indicavimus, nunc autem poſſunt ex conſtitutione D. Antonini, auctore Ulpian. *in fragm. tit.* 8. ſed non aliter, quam cauſa apud magiſtratum cognita, *l. ſi paterfam.* 15. *§.* 2. *hoc tit. l.* 2. *C. eod.* Cauſæ cognitio in
multis vertitur. Primum excutiendum, quæ ſint fa- 1
cultates pupilli, quæ ejus, qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ ſit & quibus moribus adrogator: tertio cujus ætatis, an non melius ſit, eum de liberis procreandis cogitare, quam ex aliena familia ſibi filium acceſſere; adhæc num liberos habeat juſtis nuptiis procreatos, quorum ſpem ſine magna cauſa diminui non oportet; poſtremo etiam conjunctio ſpectatur; nec facile cuiquam pupillum adrogare permittitur, niſi

quem

quem vel naturali cognatione, vel alioqui ſanctiſſima affectione duci appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuiſſe cum puberum adrogationibus, ut illa de ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certe olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excuſſa fuiſſe arguit locus Ciceronis in *orat. pro dom. cap.* 13. *Quid*, inquit, *eſt jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos poſſit, & cum poſſet, ſit expertus: tum ne qua calumnia, fraus aut dolus adhibeatur*. Cauſa autem nunc cognoſcitur a magiſtratu, adhibito conſenſu propinquorum pupilli, *l.* 2. *C. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. C. de auct. præſt.* In minorum quoque adrogatione poſt conſtitutionem Claudii curatoris auctoritas intercedere debet, *l.* 8. *eod.*

Ut caveat adrogator perſonæ publicæ) Hoc proprie ſervatur in adrogatione impuberis. Caveat; nimirum ſatiſdato, id eſt, fidejuſſoribus datis, *l. non*
3 *aliter* 18. *cum* 2. *ſeqq. eod.* Caveat autem non ipſis, ad quos ea res perventura eſt, ſive quod incerti ſint; ſive quod non omnes ſunt ii, qui ſibi ſtipulari poſſint: ſed perſonæ publicæ, hoc eſt, tabulario ſive ſcribæ curiarum aut magiſtratuum municipalium, qui aliis ſtipulando acquirere poteſt. Servos olim publicos fuiſſe conſtat *d. l.* 18. *l.* 2. *rem pup. ſalv. for. l. ult. C. de ſerv. reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne ſervi tabulario præficiantur, *l.* 3. *C. de tabul. lib.* 10. ubi Cujac. Sed etſi omiſſa fuerit ſatiſdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari, reſponſum eſt, *l.* 19. §. 1. *hoc tit.*

Ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent) Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta eſt, *ad quos ea res perventura eſt*, & in *l.* 19. *ſeq. ad quos ea res pertinet*; quibus verbis ſignificantur non ii tantum, qui ad ſucceſſionem impuberis venturi ſunt, quales ſunt hæredes impuberis, ſive illi ab inteſtato veniant, ſive ſecundis tabulis a patre pupillo dati: ſed etiam legatarii & ſervi, quibus ſecundis tabulis legata aut libertates datæ: in ſumma omnes, ad quos aliquid perventurum fuiſſet, ſi adrogatus manſiſſet in ſuo ſtatu, *dd. ll.* Habet autem hæc cautio locum, ſi adrogatus impubes deceſſerit, *l. hac autem* 20. *eod.* adveniente vero pubertate evaneſcit, perindeque habetur, ac ſi jam pubes adrogatus eſſet, quo caſu cautio non eſt neceſſaria, cum quivis pubes ſui adhuc juris ipſe teſtamentum facere, cognatoſque excludere poſſit, *l.* 5. *qui teſt. fac.*

Dignus emancipatione) Puta ſi quid commiſerit adverſus patrem adoptivum, propter quod merito e domo ejici aut exhæredari poſſet. At quæ cauſa eſt, quod nihilominus tam impio filio bona ſua reſtituuntur? Hotomanus exiſtimat, id conſtitutum eſſe ad vitandam omnem improbitatis ſuſpicionem, qua alioqui pater adoptivus facile onerari poſſet.

Decedens exhæredaverit) Intelligerem, ſine juſta cauſa: nam ſi juſta exhæredationis cauſa ſit, non video cur præter bona ſua aliquid recipere debeat, aut plus quam cum ex juſta cauſa emancipatur. Sed obſtare videtur reſponſum Ulpian. *in l.* 8. §. *ſi quis* 15. *de inoff. teſt.* & objici poteſt, quod eum juſtam cauſam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

3 *Quartam partem*) Hæc quarta vulgo D. Pii appellatur, eamque interpp. arbitrantur non eſſe quartam omnium bonorum adrogatoris, ſed tantum portionis ab inteſtato impuberi debitæ, nimirum eam ipſam ejuſdemque quantitatis, quæ debetur aliis liberis, *arg. d. l.* §. *quoniam* 8. *de inoff. teſt.* Et certe nulla dari ratio poteſt, quamobrem D. Pius meliorem eſſe conditionem voluerit adoptivorum, quam naturalium, aut emancipati exhæredative, quam ejus, qui ſine nota in familia manſit, & hæredis; quem videlicet pater vel inſtituit, vel ab inteſtato hæredem reliquit datis fideicommiſſis, cui præter quartam partem debitæ ab inteſtato portionis nihil deberi in confeſſo eſt. Plerique tamen recentiorum ſecus ſentiunt, propterea quod textus ſimpliciter loquuntur de quarta bonorum, *l. ult. ſi quid in fraud. patron. l.* 2. *C. hoc tit.* Sed reſponderi poteſt, etiam quartam portionis ab inteſtato debitæ αναλογως quartam bonorum dici poſſe, ſicut legitima liberorum, quæ & ipſa quarta pars illius portionis eſt, quarta bonorum dicitur, *l.* 6. *C. de inoff. teſt.* vel potius quia fere unus tantum adrogari ſolet, & nemo adrogare, niſi qui liberos non habeat, *l.* 15. *in fin. l. nec ei* 17. § *pen. hoc tit.* De illo non convenit inter interpp. qui quartam hanc faciunt partem portionis ab inteſtato debitæ, an hæc quarta etiam aucta ſit *Nov.* 18. Negat Mynſing. ſed argumentis parum ſolidis. Ait, quartam eorum duntaxat *d. Nov.* auctam dici, quibus antea querela inofficioſi teſtamenti competebat: adrogato autem non competiiſſe, *d. l.* 8. §. *ſi quis* 15. In quo fallitur. Nam certe ante D. Pii conſtitutionem non minus adrogato impuberi, quam ceteris querela competit. Divus autem Pius non minuit jus adrogati, ſed auxit, ut ei querela jam non ſit neceſſaria, ſed proprio & meliori jure quartam ſibi debitam obtinere poſſit, *d. l.* 8. §. *ſi quis* 15. Hoc & Græcos ſenſiſſe, argumento eſt, quod illi το τεταρτον μερος, quod Theophilus, ut paraphraſtes hic retinuit, ex novo jure mutaverunt in το τριτον. Mich. Pſel. *Synopſ.* Quod adjicit Mynſing. in correctoriis nullam extenſionem admittendam eſſe, quamvis par ratio ſubſit, aut etiam major, verum non eſt, præterquam in iis conſtitutionibus, quæ a ratione juris & æquitatis recedunt: qua de re, qui volet, conſulat D. Præſ. Everh. *in topic. loc.* 79. Itaque verior mihi videtur eorum ſententia, qui hanc etiam quartam auctam eſſe cenſent, ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum ejus conſtitutum eſt, D. Bachov. poſt Porc. & alios *hic*. VINN. Quamvis non iniqua ſit hæc Bachovii, quam auctor ſequitur, ſententia, probabilius tamen eſt, D. Pium quartam omnium bonorum intellexiſſe; partim quod ſemper in legibus quartæ bonorum ſit mentio, partim quod ea non petebatur querela inofficioſi, ſed actione familiæ erciſcundæ. Vid. V. C. Schulting. πρωτα *tit. de adopt. & emanc.* Quæ cunctanter hic conjicit Vinnius, eos, quibus liberi eſſent, adoptare non potuiſſe, refellit Reinold. *Var. cap.* 42. *p.* 305. Et ſunt ſane exempla, quæ Vinnio poſſunt opponi, qualia & ante Reinoldum collegit Cl. Perizon. *Animadv. Hiſt. cap.* 3. *p.* 125. *ſequ.* Sed idem tamen recte obſervat, id non niſi difficulter conceſſum, & non caruiſſe reprehenſione. Ego id nunquam fere privatis conceſſum putaverim, impuberes adrogaturis: adeoque vix incidere potuiſſe

quæſtionem, quartane omnium bonorum, an portionis legitimæ intelligenda ſit in conſtitutione D. Pii? HEIN.

TEXTUS.

De ætate adoptantis & adoptati.

4. *Minorem, natu majorem non poſſe adoptare, placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monſtro eſt, ut major ſit filius, quam pater. Debet itaque is, qui ſibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, id eſt, decem & octo annis præcedere.*

NOTÆ.

4. *Minorem natu*) Ex *l.* 15. *§. ult.* cum *l. ſeq. l.* 40. *§.* 1. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

Adoptio naturæ imago & ſimilitudo quædam eſt, *l. filio* 23. *de lib. & poſt.* unde cum alia multa, tum hoc quoque provenit, quod majorem natu minor adoptare non poſſit, cum per naturam filius non poſſit eſſe major patre. Qua de cauſa Clodii adoptionem jure exagitat Cic. *pro dom. cap.* 13. *Factus es*, inquit, *filius ejus* (Fonteji) *contra fas, cujus per ætatem pater eſſe potuiſti*, & ſimilia mox ſequuntur.

Plena pubertate, i.e. decem & octo annis) *l. adrogato.* 40. *§.* 1. *hoc tit.* Cur autem octodecim annis? Nam ſi nuptiæ poſt annum decimum quartum contrahi poſſunt, poteſt & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rariſſime accidit, ut maſculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant, & liberos ſuſcipiant, minor ætas in adoptione inſuper habita eſt, juxta *l.* 3. 4. & 5. *de legib.* Mynſingeri ratio nulla eſt, id ideo placere, quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus ſit judicii, quaſi non niſi anniculi aut bimuli adoptarent. Nimirum etſi pubertatis initium eſt anno 14. *infr. quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato* 40. *§.* 1. *h. t.* Paul. III. *ſent.* 4. atque hac ætate pubeſcunt etiam οἱ βραδέως ἡβῶντες. Theophil. In ſpecie *l.* 14. *pr. de alim. leg.* eſt favor alimentorum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis vel neptis, vel deinceps.

5. *Licet autem & in locum nepotis vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

NOTÆ.

5. *In locum nepotis*) Ex Paulo *l.* 37. *hoc tit.* Ulpian. *tit.* 8. *§.* 6.

Quamvis filium non habeat) Sufficit enim habere filium poſſe, & per ætatem ex eo nepotem: non enim actus, ſed naturalis poteſtas inſpicitur.

COMMENTARIUS.

Quamvis filium quis non habeat) *l. adoptare* 37. *l. adoptiones* 43. *hoc tit.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum eſt, adoptionem imitari naturam: Natura enim fieri non poſſe, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At, inquam, ſufficit habere poſſe, hoc eſt, ejus me ætatis eſſe, ut & filium & ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua eſt is, quem adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare poteſt, quamvis ſine uxore pater eſſe non poſſit, *l. & qui* 30. *eod.* Duplex igitur hic fictio eſt. De duplici fictione circa idem vid. Vaud. II. *quaſt.* 4.

TEXTUS.

De adoptione filii alieni in locum nepotis & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare poteſt, quam nepotem in locum filii.*

COMMENTARIUS.

Qui filius eſt patri naturali, poteſt per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra: Nam, ut bene Theophilus, neceſſe non eſt, ut qui adoptatur, eundem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, ſervet apud patrem adoptivum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis.

7. *Sed ſi quis nepotis loco adoptet, vel quaſi ex filio, quem habet jam adoptatum, vel quaſi ex illo, quem naturalem in ſua poteſtate habet, eo caſu & filius conſentire debet, ne ei invito ſuus hæres agnaſcatur. Sed ex contrario, ſi avus ex filio nepotem det in adoptionem, non eſt neceſſe, filium conſentire.*

NOTÆ.

7. *Si quis nepotis loco*) Ex Paulo *l.* 6. & *l.* 11. *eod.*

Ne ei invito ſuus hæres) Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti, etiam filius conſentire debet, *l.* 16. *§.* 1. *D. de rit. nupt.*

COMMENTARIUS.

Filius conſentire debet) Nimirum ſi nepos adoptetur quaſi ex Lucio filio, verbi cauſa, natus. Nam ſi

ſim-

ſimpliciter adoptetur, & tanquam ex incerto filio, nullius conſenſus deſideratur: quia tunc ceſſat ratio juris, quæ conſenſum requirit, de qua mox, *l. adoptiones* 43. *& ſeq. hoc tit.* Quid ergo, ſi nepotem adoptem tanquam ex Lucio filio meo natum; iſque filius meus auctor non fuerit? an hæc adoptio plane nulla erit? an perinde habendum, ac ſi ſimpliciter facta fuiſſet? quod magis probo cum D. Contio 1. *ſubceſ. lect. in fin. arg. l.* 11. *hoc tit.* Nam cum Juriſconſultus ibi de propoſita ſpecie hoc ſaltem reſpondeat, me mortuo non fore nepotem in poteſtate filii, ſatis indicat adoptionem quoad cetera valere.

Ne ei invito) *l.* 6. *eod.* Non videbatur conſenſus filii exquirendus propter jus poteſtatis, quod ſummum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptionis ſeu agnatio ſui hæredis in id tempus confertur, quo patre mortuo filius jam ſui juris & paterfam. factus eſt.

Non neceſſe eſt filium) Quia nimirum nepos non in patris ſui, ſed in avi poteſtate eſt. Poteſtatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem inconſulto filio, tametſi id durum eſt, alii in adoptionem dare potuerit.

Textus 8.

Qui dari poſſunt in adoptionem.

8. *In plurimis autem cauſis adſimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus eſt, ei, qui ex legitimo matrimonio natus eſt, & ideo, ſi quis per Imperatorem, vel apud prætorem, vel præſidem provinciæ non extraneum adoptaverit, poteſt eundem in adoptionem alii dare.*

Notæ.

8. *In adoptionem alii dare*) Eodem jure, quo id permiſſum patri naturali.

Commentarius.

In principio hujus tituli dixit, non ſolum naturales liberos in poteſtate noſtra eſſe, ſed etiam eos, quos adoptavimus: unde ſequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari poſſunt, ita & hos poſſe. In adrogatione nihil mutatum, ac ne in adoptione quidem in ſpecie ſic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cum extraneus adoptatus eſt, is alii rurſus in adoptionem dari non poteſt: cum ex conſtitutione Juſtiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen. C. hoc tit.* §. 2. *ſup. eod.* eamque ob cauſam verba hæc a Triboniano hic addita ſunt, *non extraneum*.

Textus.

Si is, qui generare non poteſt, adoptet.

9. *Sed & illud utriuſque adoptionis commune eſt, quod & ii, qui generare non poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare poſſunt: caſtrati autem non poſſunt.*

Notæ.

9. *Quales ſunt ſpadones*) Quia hi, ſublato vitio corporis, liberis procreandis operam dare poſſunt, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 40. §. 1. *eod.* & ideo uxorem quoque poſſunt ducere, *l.* 39. §. 1. *D. de jur. dot.* Natura enim magis in homine generandi & conſuetudo ſpectanda eſt, quam temporale vitium, *l.* 9. *D. de lib. & poſt.* Spadones, οἱ ψυξιν των γονιμων μοριων ὑποςαντες. *Gloſſ. jur.* Interdum ſpadonum appellatione etiam caſtrati comprehenduntur, *d. l.* 39. §. 1. *de jur. dot. l.* 128. *de verb. ſign.* & ibi Alciat.

Caſtrati non poſſunt) Neque enim in teſtes vim genitalem affundere queunt, neque remedio in his locus. Leo tamen permiſit. *Novel.* 26.

Commentarius.

Qui generare non poſſunt) Id eſt, qui propter vitium aliquod, quod tamen ſanabile ſit, procreare non poſſunt: quales hic perhibentur eſſe ſpadones: qua quidem appellatione nonnunquam & caſtrati continentur, id eſt, inteſtes, aliique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. ſi ſerva* 39. §. 1. *de jur. dot. l.* 4. §. 2. *ad leg. Corn. de ſic. l. ſpadonum* 128. *de verb. ſign.* ubi Alciat. Ceterum non raro & in ſpecie accipitur, atque ad eos coanguſtatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non poſſunt. Ita uſurpatur a Pomp. *l.* 6. §. 2. *de ædil. edict.* a Marcian. *l.* 14 §. *ult. de man. vind.* itemque a Cajo *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Gloſſæ juris, Spadones, οἱ ψυξιν των γονιμων μοριων ὑποςαντες. Imperator Leo etiam caſtratis adoptare permiſit, ut injuriam illis illatam hoc ſolatio compenſaret, *Novel.* 26. *& ſeq.*

Textus.

Si fœmina adoptet.

10. *Fæminæ quoque adrogare non poſſunt, quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent: ſed ex indulgentia Principis ad ſolatium liberorum amiſſorum adoptare poſſunt.*

Commentarius.

Adrogatio & adoptio jure veteri in eo diſcrepabant, quod fœminæ adrogari non poterant: quia, ut ſupra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum fœminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc vero ex reſcripto Principis etiam adrogari poſſunt, *l.* 21. *hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant, nec nunc poſſunt. Ratio redditur a Juſtiniano, quia nec naturales liberos in poteſtate habent; quaſi diceret, abſurdum eſſe, ut majorem vim habeat fictio, quam veritas; adoptio, quam natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus pote-

teſtate licet adoptatus non ſit, tamen conſtat adoptio ex conſtitutione Juſtiniani §. 2. *ſup. eod.*

Ex indulgentia Principis) *l. ſi ſuſpecta* 29. §. *quoniam* 3. *de inoff. teſt.* non tamen ut filium habeant in poteſtate, ſed ut ſolatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur caſibus filios tantum facit adoptio; ſi fœmina juſſu Principis adoptaverit; item ſi extraneus a patre naturali filium in adoptionem acceperit. Ceteri fiunt filiifam.

Ad ſolatium liberorum amiſſorum) Tranſcriptum hoc ex *l.* 5. *C. eod.* & de viduis haud dubie intelligendum; neque enim nuptis concedendum exiſtimo, ut ſeorſum ſibi liberos adoptent. Imp. Leo & ſine hac conditione fœminis adoptare permiſit, etiam virginibus. *Nov. Leon.* 27. quæ in oriente recepta Harmenop. *lib.* 11. *tit.* 8. §. 4.

TEXTUS.

De liberis adrogatis.

11. *Illud proprium eſt adoptionis illius, quæ per ſacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe adrogandum dederit, non ſolum ipſe poteſtati adrogatoris ſubjicitur, ſed etiam liberi ejus fiunt in ejuſdem poteſtate, tanquam nepotes. Sic etenim D. Auguſtus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptaſſet; ut protinus adrogatione facta, inciperet Germanicus Auguſti nepos eſſe.*

NOTÆ.

11. *Per ſacrum oraculum*) Per Principem *l.* 2. *eod.* per Principis reſcriptum, *l.* 6. *C. eod.* Periphraſis eſt adrogationis.

Sed etiam liberi ejus) *l.* 15. *l.* 40. *eod.* nimirum tanquam ſequela, & una cum patre adrogato capite minuuntur, *l.* 3. *D. de cap. minut.* quod in adoptione non ſimiliter contingit, *l.* 28. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

QUod hoc §. proponitur, proprium effectum eſt adrogationis; nempe non ſolum eum, qui adrogatur, tranſire in poteſtatem patris adoptivi: ſed etiam liberos, qui in ejus poteſtate erant, tanquam nepotes, *l. adrogato* 40. *eod.* in adoptione autem hoc non ſimiliter contingit, in qua is tantum tranſit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu eſt: nam in adoptionem dantur filiifam. quorum liberi ſunt in poteſtate alterius, nempe ejus, qui in adoptionem dat: Ideoque etiam in illius poteſtate remanent, *l. liberum* 28. *eod.* Adrogantur autem patresfam. qui cum ipſi liberos ſuos in poteſtate habeant, nihil mirum, ſi ſecum etiam illos in familiam & poteſtatem alienam transferant, *l. pen.* §. 2. *de bon. poſſ. ſec. tab.*

Quam is Germanicum adoptaſſet) Dubitaverat Auguſtus Germanicum ſororis nepotem & cunctis laudatum rei Romanæ imponere; ſed precibus uxoris evictus Tiberio Germanicum, ſibi Tiberium adſcivit, auctor Tacit. IV. *annal. cap.* 57. & Sueton. *in Tib. cap.* 15. ſcribit, Tiberium prius coactum fuiſſe Germanicum adoptare, quam ipſe ab Auguſto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud Capitolin. *in Antonin.*

TEXTUS.

De ſervo adoptato vel filio nominato a Domino.

12. *Apud Catonem bene ſcriptum refert antiquitas, ſervos, ſi a domino adoptati ſint, ex hoc ipſo poſſe liberari. Unde & nos eruditi in noſtra conſtitutione etiam eum ſervum, quem dominus actis intervenientibus filium ſuum nominaverit, liberum eſſe conſtituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum non ſufficiat.*

COMMENTARIUS.

A*Pud Catonem*) Parum refert, apud Marcumne Catonem, Principem familiæ Porciæ, hoc ſcriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo ſane & Juriſconſulti fuere, & libros de jure civili reliquerunt, filius etiam plurimos, teſte Pomp. *l.* 2. §. *poſt hos* 38. *de orig. jur.* VINN. De Catonis filii ſcriptis ad jus pertinentibus conferendus Gellius *lib.* XIII. *cap.* 18. Ejus & alias fit mentio in jure noſtro *l.* 10. §. 1. *ff. de ædil. edict.* *l.* 44. *ff. ſol. matr.* Grot. *de vit. Jctor. lib.* 1. *cap.* 5. HEIN.

Ex hoc ipſo liberari) Satis apparet, his verbis Juſtinianum ſignificare velle, ſervos a domino adoptatos non jus filiorum, ſed libertatem duntaxat conſequi: atque inutilem quidem eſſe hanc adoptionem, ſed vim tamen manumiſſionis habere. Nec diſſimile admodum eſt, quod Ulpianus ſcribit, inutilem acceptilationem habere vim pacti ſive utile pactum eſſe, *l.* 8. *de accept.* VINN. Immo ſervum auctore Prætore adoptatum non ſolum libertatem, verum etiam jura filii conſequutum eſſe, diſerte ſcribit Gell. *lib.* V. *c.* 19. Unde Juſtinianus non loqui videtur de adoptione ſervi, ſed de caſu, ſi dominus ſervum ad acta forte filium vocarit. HEIN.

Noſtra conſtitutione) *l. un.* §. 10. *C. de Lat. lib. toll.*

Actis intervenientibus) Id eſt, apud acta, coram magiſtratu in jure *l.* 2. *ff. de appell.* *l.* 3. *C. de fid. inſtrum.* D. Hotomanus putat, neceſſe eſſe, ut dominus ſervum ad magiſtratum deducat, & teſtato denuntiet, ſe velle eum pro filio habere, utque acta ſuper eo conficiantur.

TI-

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

D. Lib. 1. Tit. 7. Nov. 81.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

MOs hic eſt perpetuus Juriſconſultorum, ut expoſitis iis, quæ ad conſtitutionem alicujus rei valent, ſubjiciant contraria, ſive ea, quæ ad ejus rei imminutionem aut diſſolutionem pertinent. Itaque cum hactenus viſum ſit, quibus modis jus patriæ poteſtatis conſtituitur, recte nunc ſubjiciuntur modi, quibus jus illud ſolvitur. Ejuſcemodi autem ſeptem fere hoc titulo proponuntur. mors patris aut avi; deportatio; ſervitus pœnæ; dignitas patriciatus; captivitas; emancipatio; adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri ſunt ſubjecti, eo jure liberentur. Et quidem, quemadmodum liberentur ſervi a poteſtate dominorum, ex iis intelligere poſſumus, quæ de ſervis manumittendis ſuperius expoſuimus. Hi vero, qui in poteſtate parentis ſunt, mortuo eo, ſui juris fiunt. Sed hoc diſtinctionem recipit: nam mortuo patre, ſane omnimodo filii filiave ſui juris efficiuntur: mortuo vero avo non omnimodo nepotes neptesve ſui juris fiunt: ſed ita, poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt. Itaque, ſi moriente avo pater eorum vivit: & in poteſtate patris ſui eſt, tunc poſt obitum avi in poteſtate patris ſui ſunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus eſt, aut per emancipationem, exiit de poteſtate patris, tunc ii, qui in poteſtatem ejus cadere non poſſunt, ſui juris fiunt.

NOTÆ.

Jus patriæ poteſtatis) Abeſt *patriæ* a vet. cod. teſte Fabrot. & Theoph. ſimpliciter το ὑπεξουσιον.

Recaſuri non ſunt) Nepotes ex filio, mortuo avo, ſolent in poteſtatem patris ſui recidere, *l.* 5. *D. de his qui ſui vel al. jur.* ſed hoc ita, niſi ipſe pater aut mortuus ſit jam ante, aut emancipatus a patre ſuo, *l.* 41. *D. de adopt.* Ulp. *tit.* 10. §. 1. Cajus 1. *inſt. tit.* 6.

Per emancipationem exiit) Hoc gloſſema eſſe ex libr. vet. notant Cujac. Hot. Fabrot. nam & aliis modis exire de poteſtate poteſt, nec Theoph. agnoſcit.

COMMENTARIUS.

M*Ortuo eo ſui juris fiunt*) Quum paterfam. moritur, quotquot capita ei ſubjecta fuerunt, ſingulas familias incipiunt habere; ſinguli enim patrumfam. nomen ſubeunt, *l. pronuntiatio* 195. §. 2. *de verb. ſign.*

Mortuo patre ſane omnimodo) Mortuo nimirum patre, in cujus poteſtate filii erant. Nam qui in avi ſui, non in patris poteſtate ſunt, mortuo patre non efficiuntur ſui juris; ſed in poteſtate avi ſui remanent, adeoque quaſi agnaſcendo avo ſuo, fiunt ſui hæredes, §. 2. *inf. de exh. lib. l.* 13. *de injuſt. rupt. teſt.*

In poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt) Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere ſolent in poteſtatem filii, hoc eſt, patris ſui, *l.* 5. *de his qui ſui vel al. jur.* Sed hoc non eſt perpetuum. Nam ſi, quo tempore avus moritur, pater eorum aut jam mortuus ſit, aut per emancipationem exierit de poteſtate patris ſui, nepotes in poteſtatem patris ſui non recidunt, ſed ſui juris fiunt. Quin etiam ſufficit ſemel exiiſſe. Finge filium, quem pater adoptaverat in poteſtatem patris revertiſſe, puta a patre adoptatum eſſe; nepos retentus poſt mortem avi non recidit in poteſtatem patris ſui, ſed omnimodo ſui juris efficitur, *l. ſi pater* 41. *de adop.* Hi, quos dignitas ſuæ poteſtatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii poſt mortem avorum in eorum poteſtatem revertuntur, *Nov.* 81. *cap.* 2.

TEXTUS.

De deportatione.

1. *Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in inſulam deportatur, civitatem amittit: ſequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quaſi eo mortuo, deſinant liberi in poteſtate ejus eſſe. Pari ratione & ſi is, qui in poteſtate parentis ſit, in inſulam deportatus fuerit, deſinit eſſe in poteſtate parentis. Sed ſi ex indulgentia Principis reſtituti fuerint per omnia, priſtinum ſtatum recipiunt.*

No-

NOTÆ.

1. *In Inſulam deportatur*) Deportatio in inſulàm in locum aquæ & ignis interdictionis ſucceſſit, *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.*3. *D. ad leg. Jul. pecul. l.pen. in fin. de extraord. cogn.* Briſſon. *lib.*III. *ſel. antiq. c.*5. VINN. Proprie dici non poteſt, deportationem ſucceſſiſſe in locum interdictionis aquæ & ignis, ſed eidem ſuperadditam eſſe, quamvis priore loquutione utantur veteres locis a Vinnio allegatis. Nam & deportatis aqua & igni eſſe interdictum patet ex Tacito *Annal. lib.* VI. *cap.* 30. *l.* 1. §. 2. *ff. de legat.* 3. Rem accurate explicavit V. C. Schulting. *ad* Cajum *lib.* 1. *tit.* 6. §. 1. *p.* 47. *ſequ.* HEIN.

Civitatem amittit) Unde deportati dicuntur peregrini, *l.* 6. §. 1. *D. de her. inſt. l.* 1. *C. eod.* & *ἀπόλιδες*, *l.* 1. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 17. *D. de pœn.*

COMMENTARIUS.

IN *inſulam deportatur*) Etiam deportatione patria poteſtas ſolvitur. Nam cum hæc poteſtas propria ſit civium Romanorum, §. 2. *ſup. de patr. pot.* fieri non poteſt, ut qui civis Rom. non ſit, filium habeat in poteſtate. Deportatio autem eſt capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium eſſe deſinit, §.2. *inf. de cap. dem.* ubi plura dicemus.

Perinde quaſi eo mortuo) Nam intereunt homines non ſolum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione, *l. verum* 63. §. *ult. pro ſoc. l.* 1. §. *filium* 8. *de bon. poſſ. cont. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur. Vitioſam autem apparet eſſe hujus loci conſtructionem: quæ conſtabit, ſi cum D. Hotom. legamus: *ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quaſi mortuo*, &c. tranſpoſito videlicet poſteriore *eo*. VINN. Poſſet etiam una adjecta littera pro *qui* reſcribi: *quia*. Ita enim & Theophilus legiſſe videtur. HEIN.

Pari ratione) Nihil hic intereſt, filius deportatus ſit, an pater: neque enim magis civis Romanus peregrinum in poteſtate habere poteſt, quam peregrinus civem Romanum. Ulp. *tit.* 10. §. 2. Theoph. *hic*.

Ex indulgentia Principis reſtituti) Nempe pleniſſime & in integrum, *l.*1. *C. de ſent. paſſ.* Nam ſimplex & generalis reſtitutio pœnæ tantum gratiam facit, reditumque in patriam concedit, add. *l.* 2. 6. 9. *C. d. tit.* & D.Tuld. *C. ibid.* Chriſt. *vol.* IV. *deciſ.* 208.

TEXTUS.

De relegatione.

2. *Relegati autem patres in inſulam in poteſtate liberos retinent, & liberi relegati in poteſtate parentum remanent.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur deportati cives eſſe deſinant, relegati non item.*

2. *Quo numero apud nos habendi banniti, ſeu quibus provincia interdictum eſt, & damnati ad triremes.*

RElegati ſive in inſulam, ſive ſimpliciter certis provinciis interdicti, omnia ſua jura retinent: nec refert, in perpetuum, an ad tempus relegentur. *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *de interd. & rel.* Sed & bona ſua omnia retinent, niſi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l.* 4. *d. l.* 7. §. *ad tempus* 4. Quæ autem ratio eſt, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? Diverſitas intelligi poterit ex verbis ſententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio multati, jubebantur compedibus vincti & navigio impoſiti a ſervis publicis conſtitutam in ſolitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifeſte ad peregrinitatem redigit, & *ἀπόλιδας* facit, *l. ſunt quidam* 17. §.1. *de pœn.* Relegatis autem dies præſtituebatur, intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari: *Illum provincia illa inſuliſque relego: excedereque debebit intra illum diem*. *d. l.*7. §. *his qui* 17. *de int. & rel.* quæ ſententia exiſtimationem quidem civis minuit, ſed non conſumit, aut caput eximit de civitate. *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Nomen exilii commune eſt, exuleſque non deportati ſolum, ſed & relegati atque interdicti appellantur, *l.* 4. *l.* 5. *de interd. & rel. l.*4. *de pœn. l. tutor.* 28. §. 2. & *l. ſeq. de excuſ.* quippe omnes extra ſolum miſſi, ſive ſolo patrio expulſi, unde exulem dici, auctores ſunt Feſtus, Nonius & Quinctil. *declam.* 336. Plerumque tamen & quaſi proprie exilium de deportatione dicitur, quaſi relegatio exilium proprie non ſit, cum jus civitatis retineatur, *l.* 2. *de publ. jud.* Hinc & Ovidius ſe non exulem eſſe ſcribit, ſed relegatum, *lib.* II. & V. *de triſtib.* Quod ad jus harum 2
regionum attinet, plerique exiſtimant, eos, quorum bona apud nos publicantur adjuncta provinciæ interdictione perpetua, ſimiles deportatis habendos eſſe. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. Idemque ſtatuendum ſimili diſtinctione adhibita de damnatis ad triremes, Chriſtin. *vol.* V. *deciſ.* 52. *in fin.* Gudelin. V. *de jur. noviſſ. c.* 15.

TEXTUS.

De ſervitute pœnæ.

3. *Pœna ſervus effectus filios in poteſtate habere deſinit. Servi autem pœna efficiuntur; qui in metallum damnantur, & qui beſtiis ſubjiciuntur.*

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in poteſtate habere deſinit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civitate ſimul & libertatem? Servitutem enim vel maxime mortalitati veteres comparabant, *l. quod attinet* 32. *l. ſervitutem* 209. *de reg. jur.*

Pœna ſervus) Pœnæ ſervus dicitur, qui non alium dominum habet, quam ipſam quodammodo pœnam, cui addictus eſt. Ideoque ſi quid tali ſervo legatum ſit

ſit, pro non ſcripto eſſe, quaſi non Cæſaris ſervo datum, ſed pœnæ, Marcian. reſpondit, *l. ſunt quidam.* 17. *de pœn.* Ceterum non ſolum ſervitute pœnæ, cujus ſolius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere ſervitutis patria poteſtas ſolvitur, puta ſi liber homo major 20. annis ad pretium participandum ſe venundari paſſus ſit; aut ſi libertus, ingratitudinis convictus, redigatur in poteſtatem domini, §. 1. *inſ. de cap. dem.* Quominus qui ab hoſtibus capiuntur, huc pertineant, facit jus poſtliminii & lex Cornelia teſtamentaria, §. *ſi ab hoſtibus*. 5. *inſ. hoc tit.*

Qui in metallum damnantur) In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum, cujus varia ſunt genera, damnantur: quanquam inter eos, qui in metallum, & eos, qui in opus metalli damnantur, differentia eſt in vinculis, quod huc non pertinet, *l.* 8. §. 4. *& 6. de pœn.* Diverſa pœna fuit eorum, qui in opus publicum dari dicuntur, *l. ult. de effract.* Hi enim civitatem duntaxat amittebant, libertate ſalva, *l.* 17. §. 1. *d. tit.* quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

Qui beſtiis ſubjiciuntur) Hi ſunt, qui paſſim ad beſtias damnati & ad beſtias dati dicuntur, (Dio *lib.* LVIII. τυς τοις θηριοις εκ καταδικης διδομενους appellat,) & ſtatim conſumuntur, hoc eſt, ſtatim poſt damnationem feris objiciuntur. Sunt & qui damnati non ſtatim conſumuntur: ſed populi voluptatibus reſervantur, qui tamen & ipſi ſervi pœnæ fiunt; quales ſunt, qui damnantur in ludum ſive venatorium ſive gladiatorium *d. l.* 8. §. *quicunque.* 11. *de pœn. l. un. C. Theod. ad leg. Fab.* de quo vid. Budæ. *in annot. poſter.* Cujac. XIII. *obſ.* 10. Pet. Fab. 11. *ſemeſtr.* 11. Poſtremo omnes, qui ultimo ſupplicio damnantur, confeſtim pœnæ ſervos fieri exiſtimo, hoc nimirum effectu, ut ſtatim libertatem & civitatem perdant, *arg. l.* 12. *l. qui ultimo.* 29. *de pœn. l.* 6. §. *ſed etſi.* 6. *de injuſt. rupt. teſt.* Jure noviſſimo ſervitus pœnæ ſublata eſt, *Nov.* 22. *c.* 8. *auth. ſed hodie. C. de don. int vir. & ux.* cujus rei effecta ibid. notant DD. VINN. Recte Vinnius exiſtimat, omnes ultimo ſupplicio damnatos, factos eſſe ſervos pœnæ. Quum enim civis extremo ſupplicio adfici non poſſet per legem Porciam, Liv. *lib.* x. *cap.* 9. fingendum erat, eum, qui hujuſmodi delictum commiſerit, quod ſanguine videretur expiandum, non eſſe civem, ſed ſervum pœnæ. Eſt hæc obſervatio viri eximii, Ger. Nood. *Probab. lib.* III. *cap.* 12. HEIN.

TEXTUS.

De dignitate.

4. *Filiusfamilias ſi militaverit, vel ſi ſenator, vel conſul factus fuerit, remanet in poteſtate patris: militia enim vel conſularis dignitas de patris poteſtate filium non liberat: Sed ex conſtitutione noſtra ſumma patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis præſtitis filium a patria poteſtate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem poſſe per emancipationis modum poteſtatis ſuæ nexibus filium liberare: imperatoriam autem celſitudinem non valere eum, quem patrem ſibi elegit, ab aliena eximere poteſtate?*

NOTÆ.

4. *Si militaverit*) *l.* 35. *de rit. nupt. l.* 5. *&* 6. *de caſtr. pec. l.* 7. *C. de patr. pot.*

Senator) *l.* 18. *in fin. D. de jud. l. ult. de her. pet.* Quinct. *declam.* 286.

Conſularis dignitas) *l.* 1. §. *ult. D. de ſen. Mac.* Dion. Halic. *lib.* 11. *p.* 96. ſed hodie liberat. *Nov.* 81. ubi & aliæ dignitates excipiuntur, *in pr. c.* 1. *&* 3.

Summa patriciatus dignitas) Summa non quidem gradu, nam conſulatus major eſt, ſed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro & Cont. Extat conſtitutio in *l. ult. C. de conſul. lib.* 12. add. *l.* 3. *C. eod.*

Codicillis præſtitis) Vid. Syneſ. *epiſt.* 127.

COMMENTARIUS.

1. *Patricii ſub Impp. Conſtantinopolitanis qui dicti.*

SI *militaverit*) Milites multis privilegiis & prærogativis a Principibus donati ſunt: nexu tamen patriæ poteſtatis jure ſacramenti eos ſolvi noluerunt, *l.* 3. *C. de caſt. pec. l.* 7. *C. de patr. pot.* Obſervandum obiter militiam ſpeciem quandam fuiſſe dignitatis, atque inde factum, ut omnia fere officia, etiam civilia, militiæ poſtmodum dictæ ſint.

Vel ſi ſenator, vel conſul) Non obſtat huic loco, quod dicitur *in l. antepen. de his qui ſui vel al. jur.* in publicis cauſis filiumfam. pro patrefam. haberi, veluti ut magiſtratum gerat, &c. Hoc enim non ſignificat filium conſulatu aliove munere publico liberari patria poteſtate: ſed patriam poteſtatem non obſtare, quominus conſul puta, aut prætor creetur, omniaque munia magiſtratus ſui obeat, etiam repugnante patre, atque adeo etiam adverſus patrem *l.* 13. *in fin. & l. ſeq. ad ſen. Treb.* Nonnihil huc faciunt, quæ ſcribit Gell. 11. *Noct. Attic.* 2.

Ex noſtra conſtitutione) *l. ult. C. de conſul. lib.* 12. Non tamen a Juſtiniano hoc primum conſtitutum videri poteſt, cum & apud Caſſiodorum, qui ante Juſtinianum ſub Theodorico Gothorum rege vixit, *in form. Patriciatus, lib.* VI. *Var. cap.* 3. hoc ſcriptum ſit: *Leges,* inquit, *tantum patriciis dignitatem detulerunt, ut in ſacris poſitus, cum hoc fuerit honore præcinctus, paterna poteſtatis nexibus exuatur.* Quod autem Juſtinianus in *d. conſtit.* patriciatui tribuit, id poſtea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes, quæ a curia liberant: nominatimque idem jus conceſſit conſulatui, præfecturæ prætorianæ, præfecturæ urbicæ, præturæ, magiſterio militum, & denique epiſcopatui, *Nov.* 81. *in pr. c.* 1. *&* 3. VINN. Dum negat auctor, Juſtinianum id privilegium patriciis primum tribuiſſe, Bachovium, ut ſolet, ſequitur. Sed ejus argumentum parum ſtringit. Caſſiodorus enim non ſolum ſub Theodorico, ſed & ſub Athalarico, immo & Theodahado & Vitige vixit, & nego-

tia publica tractavit, adeoque Juſtiniani conſtitutionem, anno circiter 530. ſcriptam, videre potuit. Præclare id demonſtravit V. C. Reinoldus *Var. cap.* 19. Hein.

Summa patriciatus dignitas) Stante rep. patricii dicebantur, qui eorum ſenatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquiſſimæ quoque cujuſque ſenatoriæ familiæ liberi ætate Livii patricii
1 appellabantur. Verum longe aliter patricii in conſtitutionibus recentiorum Impp. accipiendi ſunt. Nam translato Conſtantinopolin imperio cœpere Principes ex ſenatoribus, qui curulibus magiſtratibus functi erant, ſibi conſiliarios & quaſi patres legere, quos patricios dici placuit, quaſi patres communis reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore patriciatus nomen eſſe cœpit ſupremi conſilii.

Codicillis præſtitis) Codicilli apud Latinos inter alia ſignificant diplomata ſive literas Principales, quibus honores mandantur, ut apud Sueton. *in Claud. c.* 29. & *in l. adminiſtrantes.* 41. *pr. de excuſ. tut. l.* 12. *C. de dign.* uti & hoc loco.

Quem ſibi patrem elegit) Patricii Impp. Coſtantinopolitanis parentum loco erant; quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium patricium, cujus bona publicata & in fiſcum coacta erant, ſic ludit. *lib.* 11. *in Eutrop. v.* 49.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poteras Principis eſſe pater.

Quorum verſuum hic ſenſus eſt, Eutropium æquo animo adverſum fortunæ caſum bonorumque ſuorum publicationem ferre debere, cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipſe parens appellatus ſit, ea pervenerint. Extat conſtitutio Impp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* qua hic Eutropius in inſulam Cyprum, quo bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

Textus.

De captivitate & poſtliminio.

5. Si ab hoſtibus captus fuerit parens; quamvis ſervus hoſtium fiat, tamen pendet jus liberorum, propter jus poſtliminii: quia hi, qui ab hoſtibus capti ſunt, ſi reverſi fuerint, omnia priſtina jura recipiunt: idcirco reverſus etiam liberos habebit in poteſtate: quia poſtliminium fingit eum, qui captus eſt, in civitate ſemper fuiſſe. Si vero ibi deceſſerit, exinde, ex quo captus eſt pater, filius ſui juris fuiſſe videtur. Ipſe quoque filius, nepoſve ſi ab hoſtibus captus fuerit, ſimiliter dicimus propter jus poſtliminii, jus quoque poteſtatis parentis in ſuſpenſo eſſe. Dictum autem eſt poſtliminium a limine & poſt. Unde eum, qui ab hoſtibus captus eſt, & in fines noſtros poſtea pervenit, poſtliminio reverſum, recte dicimus. Nam limina ſicut in domo finem quendam faciunt, ſic & imperii finem eſſe limen, veteres voluerunt. Hinc & limen dictum eſt, quaſi finis quidam & terminus. Ab eo poſtliminium dictum eſt, quia ad idem limen revertebatur, quod amiſerat. Sed &, qui captus victis hoſtibus recuperatur, poſtliminio rediiſſe exiſtimatur.

Notæ.

5. *Pendet jus liberorum*) In pendenti, in incerto eſt, *l. ult. D. de ſen. Mac. l.* 12. *§. de capt. & poſtl.* non igitur tam captivitate patria poteſtas amiſſa reſtituitur: quam liberi finguntur in poteſtate etiam tempore captivitatis manſiſſe, Ulp. *tit.* 10. *§. pen.* Boet. *in top. Cic.*

In civitate ſemper fuiſſe) Alia effecta vid. in *l.* 1. *§. ult. D. de ſen. Mac. l.* 6. *§. ult. D. de tut. l. l.* 22. *§.* 1. *de capt. & poſtl. l.* 13. *eod.*

Ipſe quoque filius) *l.* 9. *l.* 10. *l.* 12. *C. de poſtl. rev.*

Commentarius.

1. *Quando quis poſtliminio reverſus intelligatur, tum quibus in locis poſtliminium ſit.*
2. *Quæ res poſtliminio recipiantur, aut redeant.*
3. *Jus patris ab hoſtibus capti non extingui, ſed in ſuſpenſo eſſe.*
4. *De origine vocis poſtliminii.*

Q*Uamvis ſervus hoſtium fiat*) Conſtat eos, qui ab hoſtibus capiuntur, jure belli ſervos hoſtium fieri, & conſequenter deſinere liberos habere in poteſtate. Verum Romani, quicunque ex ſuis capti eſſent, eos ſervorum numero apud ſe haberi non debere cenſuerunt, nihilque eorum cum effectu amittere, quæ alias per ſervitutem amitti ſolent. Cumque fieri poſſit, ut capti ad ſuos reverterentur; fieri item, ut apud hoſtes decederent, in utrumque eventum captis proſpexerunt, in illum fictione juris poſtliminii, in hunc fictione legis Corneliæ.

Qui ſi reverſi fuerint) Pomponius reverſum poſt- 1
liminio ait, qui intra præſidia noſtra eſſe cœpit, *l.* 5. *§.* 1. *de capt.* Paulus, cum in fines noſtros intraverit, *l. poſtliminium.* 19. *§.* 3. *eod.* Sed ex paritate rationis conſenſus gentium rem eo perduxit, ut poſtliminium locum haberet, etiamſi quis homo aut res, cui poſtliminium eſſe placuerat, perveniſſet ad amicos noſtros, ut loquitur *d. loco* Pompon. aut, ut Paulus exempli cauſa explicat, ad regem, ſocium vel amicum. Quibus in locis amici aut ſocii intelligendi ſunt non ſimpliciter, quibuſcum pacem habemus, ſed qui partes in bello eaſdem ſequuntur, ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti eſſe incipiunt, qua de re pluſcula D. Grot. III. *de jur. bell. & pac.* 9. *n.* 2.

Omnia priſtina jura) Puta civitatem, familiam, bo- 2
na, ſive eorum dominium. Recte autem jura. *l.* 5. *§.* 1. *l. in bell.* 12. *§.* 1. *de cap. & poſtl. rev.* nam ea, quæ facti ſunt, poſtliminio non continentur: qualis eſt verbi cauſa poſſeſſio, quæ idcirco interrupta captivitate non reſtituitur. *l. denique.* 19. *ex quib. ca. maj. l. cum heredes.* 23. *§.* 1. *de acq. poſſ.* Sicut autem poſtliminio re-

reverſus jura recipit, ita & in ipſum jura reſtituuntur, *l.6.d.l.in bello.12.§.cetera.6. de capt.* Neque homines ſolum, ſed etiam agri, *l.ſi captivus.* 20.§.1.*eod.* adeoque quodvis jus ſolo adhærens poſtliminium habet per *l. 6. de rer. div.* uti & loca ſacra ac religioſa, *l. cum loca.* 36. *de rel.* At rebus mobilibus poſtliminium non eſt: exceptæ tamen naves longæ atque onerariæ, muli clitellarii, equi & equæ frænum patientes, Cic. *in Top.* Gall. Æl. apud Feſt. Marcel. *l.2. princ. ff. de capt.* quamquam hodie, ut paſſim tradunt morum periti, nullæ res mobiles poſtliminio redeant, ne naves quidem, vid. Grot. *d. cap. 9. n. 13. & ſeqq.* D. Tulden. *comment. ad tit. de rer. div. cap.* 30.

3 *In civitate ſemper fuiſſe*) Non igitur tam captivitate patria poteſtas amiſſa reverſo patre reſtituitur, liberive captivitate patris ſui juris facti, eo reverſo iterum in poteſtate ejus eſſe incipiunt, quod velle videtur D. Mynſ. quam pater fingitur retro in civitate fuiſſe, liberoſque in poteſtate etiam tempore captivitatis retinuiſſe *d.l.in bello.*12.§.1.*l.retro.*16.*l.bona.*22.§.2. *eod. l.6. §. ult. de tutel.* Nec alioqui recte diceretur, ſtatum liberorum pendere, aut in incerto eſſe, ut hic & *d. l. in bello* 12. & *l.bona* 22. nec acta a filio eſſe in pendenti, *l. 1. §. 1. de ſenat. Mac.* ſed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum, poſtliminio reſtitui: acta a filio tantiſper rata eſſe; at reverſo patre infirmari. Non eſt autem levis momenti hæc fictio: nam inde eſt, quod quæ filius medio tempore quæſivit, pater reverſus tanquam ſibi quæſita occupare poſſit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de ſuis & leg. har.* Inde quoque eſt, quod patre reverſo denegatur actio creditori, a quo filius, dum pater apud hoſtes eſt, mutuam pecuniam accepit, quaſi contra SCtum credita ſit, *l. 1. §. 1. de SC. Mac.* Denique hinc eſt, quod Ulp. reſpondit, non poſſe ei, cujus pater in poteſtate hoſtium eſt, tutorem dari, *l. 6. §. ult. de tutel.* qui recte utique daretur, ſi filii interim pro iis, qui ſui juris ſunt, haberentur. Deportati & reſtituti patris alia ratio, *l. ult. §. 1. C. de ſent. paſſ.*

Exinde ex quo captus eſt) Hæc fictio eſt legis Corneliæ, *l. 12. qui teſtam. fac. §. ult. infr. quib. non eſt perm. fac. teſt.* eaque in omnibus partibus juris ſervatur, *l. in omnibus*, 18. *de capt.*

Ipſe quoque filius) Quapropter, ſi verbi gratia, in poteſtate fuit filius eo tempore, quo capiebatur, medio tempore patre mortuo, reverſus ſuus hæres patri erit, *l. 9. C. de poſtl. rev.*

4 *A limine & poſt*) De notatione nominis poſtliminii controverſia olim fuit inter Scævolam & Servium teſte Cic. *in Top.* Scævola junctum dicebat eſſe verbum a *poſt*, quod reditum notat, & *limine*. Servius in eo nihil ſpectandum præter præpoſitionem *poſt*, reliquum productionis eſſe caudam, *liminium.* Sed recte Scævola, cui & Feſtus aſſentitur. Nam limen & limes exitu tantum & flexionis modo differunt; origine autem (veniunt enim ab antiqua voce *limus*, quæ tranſverſum ſignificat) & primitiva notione idem ſunt, ſic ut materia & materies, contagio & contagies, &c. quanquam uſu ſeriore factum eſt, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic veteres *eliminare* dicebant e finibus ejicere, & exilium nominabant *eliminium*. Grot. *d. c. 9. in pr.* Joſ. Scal. *annot.* in Feſt.

Ab hoſtibus recuperatur) Ad jus poſtliminii nihil intereſt, quomodo captus revertatur, utrum dimiſſus, an vi vel fallacia, aut victis poſtea hoſtibus, ſive ut Homerus *Odyſſ.* XIV. *η δολῳ, ηε βιη, η αμφαδον, ηε κρυφηδον.* ita tamen, ſi ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, *l. nihil intereſt 26. ff. de capt.* Et ideo Attilium Regulum reſponſum eſt non eſſe poſtliminio reverſum, quia juraverat, Carthaginem ſe reverſurum, *l. 5. §. 3. d. tit.* Grot. *d. lib.* III. *cap.* 9. VINN. Immo & ad redemtos hoc jus pertinet, dummodo ei, qui redemit, lytrum fuerit redditum. *l. 12. §. 7. l. 15. & l. 20. ff. de captiv.* HEIN.

T E X T U S.

De Emancipatione, item de modis & effectibus ejuſdem.

6. *Præterea emancipatione quoque deſinunt liberi in poteſtate parentum eſſe. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis obſervationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumiſſiones celebrabatur, vel ex imperiali reſcripto. Noſtra autem providentia etiam hoc in melius, per conſtitutionem reformavit: ut fictione priſtina exploſa, recta via ad competentes judices, vel magiſtratus parentes intrent, & filios ſuos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps a ſua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in bonis ejuſmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve a parente manumiſſus vel manumiſſa fuerit: eadem jura præſtantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea ſi impubes ſit filius, vel filia, vel ceteri, ipſe parens ex manumiſſione tutelam ejus nanciſcitur.*

N O T Æ.

6. *Emancipatione*) Emancipatio hodie definiri poteſt actus legitimus, quo liberi a manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

Judices vel magiſtratus) ἐξηγητικῶς, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, apud quos lege agi non potuiſſe conſtat. Extat conſtitutio Juſtiniani in *l. ult. C. de emanc. lib.*

A parente manumiſſus) Id eſt, emancipatus, *tit. ſi a par. quis man.* Redigebantur enim liberi prius in ſervilem cauſam, licet poſtea in imaginariam duntaxat, *l. 3. §. 1. D. de cap. min.*

Quæ tribuuntur patrono) Emancipatus a parente liberti exitum patitur, *l. 1. D. ſi a par. quis man.* puta in contra tabulas bonorum poſſeſſione, *d. l. 1.* & ſucceſſione legitima, *§. ult. inſ. de leg. agn. ſucc.* Sed hoc mutatum, *Nov.* 118. *cap.* 2.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Vetus emancipandi ratio expoſita.*
2. *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

ALius modus ſolvendæ patriæ poteſtatis hoc §. proponitur, nempe emancipatio: eaque dicitur o-

lim celebratâ fuiſſe per imaginarias venditiones & in-
1 tercedentes manumiſſiones. Hoc autem ut penitus intelligatur, ſciendum eſt, lege Romuli cautum fuiſſe, atque a decemviris poſtea in quartam tabulam relatum ut ſi pater filium ter, filiam autem & ceteros liberos ſemel mancipaſſet, hoc eſt, vendidiſſet, manumiſſi poſtea ab emptore ſui juris efficerentur, ille trina manumiſſione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem atque uſurpationem vetuſtatis poſtea inſtitutum eſt, ut pater ſimulato, & dicis cauſa, accepto uno nummo filium ter, ceteros liberos ſemel apud magiſtratum venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret, filium ter, ceteros ſemel, atque ita liberi ſui juris ac poteſtatis fierent. Solebat autem pater naturalis ſibi cavere de filio poſt tertiam mancipationem ſibi remancipando, itemque de ceteris liberis ſibi remancipandis, quo ipſe potius eos manumitteret, & jura patroni conſequeretur, quam extraneus manumiſſor ſive emtor ille imaginarius. Atque hac cautione interpoſita in ſpecie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, *§. ult. inf. de leg. agn. ſucceſſ. l. 2 §. 15. ad SC. Tert.* Hæc ex Dionyſ. Halicarn. *lib.* 11. Boet. *in Top. Cic.* Cajo *lib.* 1. *tit.* 6. Ulpian. *tit.* 10. *l. ult. & pen. C. de emanc. lib.* VINN. Ordinem aliquantulum turbaſſe videtur Vinnius. Pater filium primo vendebat, & mancipabat per æs & libram. Emtor eundem manumittebat. Quum vero manumiſſus ex lege Romuli in patriam poteſtatem recideret, pater eum iterum vendebat, emtor iterum manumittebat. Quum & ita recideret in poteſtatem patris, hic eum tertium mancipabat, addito contractu fiduciæ, ut emtor eum remanciparet patri. Quo facto hic eum manumittebat, adeoque tanquam manumiſſor jura patronatus retinebat in filio. Vid. *Antiqu. noſtras Rom. h. t.* HEIN.

Ex imperiali reſcripto) Hic modus emancipandi ab Imper. Anaſtaſio introductus eſt, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, poteſtate ab Imperatore impetrata, ejuſque reſcripto apud magiſtratum exhibito, liberos emancipari permiſit, modo filius infante major conſentiret, *l. pen. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius reformavit) Nimirum quod Anaſtaſius de precibus ſuper emancipatione Principi offerendis, ejuſque reſcripto prius impetrando conſtituerat: ut jam ex conſtitutione Juſtiniani emancipatio etiam fiat ſola profeſſione patris apud competentem judicem denuntiantis ſe filium ſuo juri permittere. Exſtat conſtitutio *l. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes judices vel magiſtratus) Explicative. Nam & magiſtratus, qui tribunali aut juriſdictioni præſunt, judices appellantur, *l. 1. de judic. tit. de reb. auct. jud. poſſ.* & paſſim in conſtitutionibus poſteriorum Impp. Quod moneo, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, ſive qui a magiſtratibus cauſis privatis cognoſcendis & judicandis dabantur, apud quos lege agi non potuiſſe, pluſquam manifeſtum eſt. Sed nec apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, legis actionem fuiſſe, Marcian. & Ulp. teſtantur *l. 2. §. 1. l. ſeq. de offic. proconſ.* de quo plura ad §. 8. *inf. eod.*

A manu ſua dimittant) Manumitti non tantum ſervi a domino, ſed etiam filii & filiæfam. a patre dicuntur pro emancipari, *tit. ſi a par. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris ſui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in ſervilem cauſam redigebantur, licet poſtea in imaginariam duntaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.* Hinc emancipatus a parente liberti exitum pati dicitur, & parens patroni perſonam ſuſtinere, *l. 1. d. tit. ſi a par. quis man.*

Ex edicto prætoris eadem jura) Nimirum ut pa- 2
rens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittatur, ſi teſtamento facto ab emancipato præteritus ſit, *d. tit. ſi a par. quis man.* Sed & jus legitimæ ſucceſſionis huic patri a Juſtiniano datum eſt, perinde quaſi contracta fiducia eum emancipaſſet, hoc eſt, ex lege fiduciæ ſibi remancipatum manumiſiſſet. *§. ult. inf. de leg. agn. ſucc.* Et hoc ad ſimilitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti, inteſtato ſine liberis mortui, jam olim lex 12. tabularum vocabat, *inf. de ſucceſſ. libert.* Non tamen uſque adeo exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad ſucceſſionem aut contra tabulas bonorum poſſeſſionem veniant, *l. 1. §. liberos. 5. ſi a par. quis man.* aut ut etiam actio Calviſiana parenti detur, *l. 2. eod. tit.* aut denique, ut recte ſtipuletur a filio operas, *l. 4. eod.* Jure authentico pleniſſime de ratione ſuccedendi cautum eſt, ex quo parens manumiſſor jure patroni, quoad emolumentum ſucceſſionis, uti deſiit. *Nov.* 118. *c.* 2. *Nov.* 115. *c.* 4.

Tutelam ejus nanciſcitur) Conſequens erat eum onus tutelæ ſubire, qui ſperaret ſucceſſionem, *l. 1. de legit. tut.* Agitur de hac tutela *inf. tit.* 18.

TEXTUS.

Si alii emancipentur, alii retineantur in poteſtate.

7. *Admonendi autem ſumus, liberum arbitrium eſſe ei, qui filium & ex eo nepotem in poteſtate habet, filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere: & e converſo, filium quidem in poteſtate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere: vel omnes ſui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta eſſe intelliguntur.*

NOTÆ.

7. *Nepotem manumittere*) Notandum eſt, in filiofam. idem eſſe, manumittere, ex poteſtate dimittere, ſui juris efficere, emancipare.

COMMENTARIUS.

TOtus hic locus deſcriptus eſt ex Cajo *l. liberum.* 28. *de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque qui a parente manumittitur, voluntas ſpectanda ſit; an vero etiam invitus emancipari poſſit? Et puto, idem hic dicendum, quod de eo dicitur, qui a patre in adoptionem datur, *§. ſeq. l. neque abſens. 24. de adopt. l. 5. C. eod.* nimirum neceſſe non eſſe, ut expreſſe

preſſe conſentiat. Ceterum nec oportere eum diſſentire aut contradicere, *arg. l. pen. in fin. C. de emanc. lib. Nov. 89. c. 11.* Paulus quoque *lib. 11. ſent. 25. in fin.* ſcribit, invitum filiumfam. non emancipari. An autem & quando, qui tacet, conſentire intelligatur, non eſt hujus loci diſputare. Tractant tamen hanc quæſtionem Jo. Fab. & Ang. & Mynſ. ad hunc locum.

Textus.

De adoptione.

8. *Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, avo vel proavo naturali, ſecundum noſtras conſtitutiones ſuper his habitas, in adoptionem dederit, id eſt, ſi hoc ipſum actis intervenientibus apud competentem judicem manifeſtaverit præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præſente, qui adoptat: ſolvitur quidem jus poteſtatis patris naturalis, tranſit autem in hujuſmodi parentem adoptivum, in cujus perſona & adoptionem eſſe pleniſſimam, antea diximus.*

Commentarius.

1. *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuiſſe; eamque naturam actus voluntariæ juriſdictionis retinuiſſe.*
2. *Actus voluntariæ juriſdictionis expediri non poſſe apud eum, cui juriſdictio mandata eſt.*

AVo vel proavo naturali) Nam ſi extraneo in adoptionem datus ſit, jura patris naturalis integra manent, *l. pen. C. de adopt.* §. 2. *ſup. eod.* ubi dictum eſt.

Apud competentem judicem) Non apud judicem pedaneum, cujus nulla juriſdictio eſt: ſed apud ipſum magiſtratum & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad §. *hujus tit.* 6.

Et non contradicente) Hoc etiam paulo ante tetigi. Locus autem hic deſcriptus eſt ex *l. ult. C. de adopt. facit l. 5. ff. eod.*

Nec non eo præſente, qui adoptat) Abſens adoptare non poteſt, *l. poſt mortem.* 25. §. 1. *de adopt.* quia, ut ait ibi Juriſconſultus, nemo per alium ejuſmodi ſolemnitatem peragere poteſt. Atque eo pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit, neminem alieno nomine lege agere poſſe, *l. nemo.* 123. *de reg. jur.* Quod olim quidem com-
1 mune fuiſſe veriſimile eſt omnium legis actionum, etiam earum, quibus cives inter ſe diſceptabant, & quæ pertinebant ad contentioſam juriſdictionem, *arg. pr. tit. de iis per quos ag. poſſ. inf. lib. 4.* ſed poſtea proprium tantum quorundam eſſe cœpiſſe, & maxime eorum actuum, qui quod inter volentes expediuntur, dicuntur eſſe voluntariæ juriſdictionis; cujuſmodi ſunt manumiſſio, adoptio, emancipatio, quæ veterem naturam retinuerunt *l. 3. C. de vind. lib. l. neque. 24. & l. ſeq. §. 1. de adopt.* etiam adoptio no-
2 va Juſtiniani, ut hic, & *d. l. ult. C. de adopt.* Idem quoque probabile eſt obſervatum fuiſſe in perſona magiſtratus. Exiſtimo enim nec hujuſmodi actus a magiſtratibus mandari potuiſſe, neve mandata juriſdictione tranſiiſſe in eum, cui mandata eſſet, contra quam DD. vulgo ſentiunt, *arg. l. 1. C. de adopt. l. 2. §. 1. l. 3. de off. proc.* ex quibus locis diſcimus, ea quæ ſunt voluntariæ Juriſdictionis, non niſi apud eum expediri poſſe, apud quem plena legis actio eſt: eum autem, cui mandata eſt juriſdictio, talem juriſdictionem non habere, adeoque omnino non eſſe apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l. 17. §. 1. de man. vind.* Cujacius 1. *obſ.* 1. & xv. *obſ.* 19. negotiationem inſerit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæſaris*) ſuſpicantes errorem ex notis natum *ejus* & *Caſ.* Vinn. Poſterior emendatio non minus violenta, ac prior. Ego hic antinomiam inter *l. 17. §. 1. ff. de man. vind.* & *l. 2. & 3. ff. de off. proconſ.* agnoſco, inde forſan ortam, quod Tribonianus de legato proconſ. accepit, quæ Paullus de legatis Cæſarum pro conſule dixerat. Facilis enim lapſus fuit in vocabulis *legatus proconſulis* & *legatus pro conſule*. Ille mandata juriſdictione gaudebat, hic, tanquam præſes provinciæ, propria, adeoque & legis actio apud illum erat. *l. 2. & l. 17. ff. de off. præſ.* Hein.

Tranſit autem in parentem adoptivum) Per adoptionem igitur non efficitur filiusfam. ſui juris, ſed vel in alienam familiam tranſit, vel remanet in poteſtate patris naturalis.

Textus.

De Nepote nato poſt filium emancipatum.

9. *Illud ſcire oportet, quod ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea naſcitur, in poteſtate tua naſcitur: Quod ſi poſt emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris ſui emancipati, vel avi adoptivi poteſtati ſubjicitur.*

Commentarius.

NEpos non ex nativitatis, ſed ex conceptionis tempore familiam ſortitur: quia ex eo tempore jam in rerum natura eſſe creditur, *l. 7. l. pen. de ſtat. hom.* Ulp. *tit.* 5. §. 9. Sic & is, qui conceptus eſt prius, quam pater ſenatu moveretur, ſenatoris filius intelligitur, *l. 7. §. 1. de ſenat.* Et reſponſum eſt, conditionem, *ſi ſine liberis*, defeciſſe, ſi ante deportationem patris liberi concepti ſint, licet poſtea edantur, *l. ex facto. 17. §. ex facto. 5. ad ſin. Treb.*

Textus.

An Parentes cogi poſſunt, liberos ſuos de poteſtate dimittere?

10. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi, ullo pene modo poſſunt cogere parentes, de poteſtate ſua eos dimittere.*

Com-

COMMENTARIUS.

1. *Quibus modis more harum regionum parentum poteſtas ſolvitur?*

QUemadmodum liberi, qui vel ab initio ſui juris fuerunt, vel poſtea facti ſunt, inviti in poteſtatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui vel al. jur. Nov.* 89. *c.* 11. ita nec vice verſa a liberis in poteſtate conſtitutis cogi parentes poſſunt, ut eos e poteſtate ſua dimittant, *l. non poteſt.* 31. *de adopt. l. nec avus.* 4. *C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti poteſt.

Pene) Ait, pene, propterea quod aliquando audiuntur, qui emancipari deſiderant, ut impubes, qui adoptatus eſt, pubes factus, *l. nonnunquam.* 32. *de adopt.* Sed & alios, ſi juſta cauſa ſit, audiri æquum eſt; veluti ſi a patre ad turpitudinem adigantur, *l. ſi lenones.* 12. *C. de epiſc. aud.* aut male contra pietatem afficiantur, *l. ult. ſi a par. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione ſibi relictum agnovit, *l. ſi cui.* 92. *de conditionibus & demonſt.* & jure noviſſimo etiam de poteſtate patris exeunt liberi, ſi pater inceſtas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov.* 12. *c.* 2.

1 Apud nos; & in cetero Belgio, ſingularis illa Romanorum in liberos poteſtas incognita eſt, ut jam aliquoties diximus; ſed & jus, quod parentes in liberos habent, propriis quibuſdam modis ſolvitur, manente tamen ſemper naturali reverentiæ & obſequii debito. Primum enim moribus noſtris exeunt liberi de poteſtate parentum non tantum emancipatione illa expreſſa ſive Juſtinianea, cum apud magiſtratum de manu dimittuntur; ſed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium ſeorſum habitare & mercaturam aut opificium aliquod exercere: atque hac ratione liberi poteſtate patria ſoluti hoc conſequuntur, ut & bona ſua ipſi adminiſtrare & in judicio conſiſtere poſſint. Chriſtin. *d. vol.* IV. *dec.* 186. *n.* 11. Grot. 1. *manud.* 6. Apud Friſios tamen hic modus receptus non eſt. D. Jo. a Sande *lib.* II. *tit.* 7. *defin.* 6. Secundo nuptiis quoque ſive matrimonio liberorum patris poteſtas ſolvitur: unde apud nos nulli liberorum ſunt in poteſtate avi, Gudelin. *lib.* 1. *de jur. nov. cap.* 13. Chriſtin. *d. vol. deciſ.* 185. *n.* 7. Grot. *d. loc.* quod ſecus fuiſſe jure Rom. oſtendimus ad §. *ult. ſup. de patr. poteſt.* Tertio deſinunt liberi in poteſtate eſſe patris, ſi ei, ut prodigo, curatore dato bonis interdictum ſit, Grot. *d. loc.* quod & ipſum jure Rom. incognitum eſt. Poſtremo ſi quid liberis obvenerit, puta ex hæreditatibus, legatiſve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura atque adminiſtratio patri competit, ſed haud ſecus ac tutori aut curatori: ideoque hoc jus etiam ſolvitur, ubi liberi ad eam ætatem pervenerint, qua curatio finiri ſolet; nempe anno ætatis eorum vigeſimo quinto, Gudel. *d. c.* 13. *in fin.* Tuldeni. *com. hic c.* 2. Chriſtin. *d. deciſ.* 186. *n.* 9. add. Guid. Pap. *quaſt.* 54. Boer. *ad conſuet. Bitur. de jur. perſ.* Pet. Greg. XI. *ſyntagm. c.* 10. Groenew. *de legib. abrog. ad hunc tit.* VINN. Quæ de Friſia ex Sandio adſperſit Vinnius, cum iis jungenda, quæ tradit Huber. *Præl. ad tit. Inſtit. & ff. de emancip.* HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE TUTELIS.

Dig. tit. 1. *lib.* 26. *& Novell.* 72.

Ratio ordinis.

HUc uſque dictum eſt de iis, qui ſunt juris alieni, quæ prima pars eſt diviſionis ſupra poſitæ *tit.* 8. Supereſt, ut ad eos nos conferamus, qui ſui juris ſunt, quos pars altera dictæ diviſionis complectitur.

TEXTUS.

De Perſonis ſui juris.

Tranſeamus nunc ad aliam diviſionem perſonarum. Nam ex his perſonis, quæ in poteſtate non ſunt, quædam vel in tutela ſunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, quæ in tutela, vel curatione ſunt. Ita enim intelligemus cæteras perſonas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius diſpiciamus de his, qui in tutela ſunt.

COMMENTARIUS.

1. *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

NAm ex his perſonis) Eorum, qui ſui juris ſunt, quidam ſunt in tutela, alii in curatione, cæteri neutro jure tenentur: quæ poſterioris partis illius, quam dixi, diviſionis ſubdiviſio eſt. In hac autem parte primo exponitur, quid ſit tutela: deinde ſpecies ejus ſingulæ ordine explicantur: tum de vi atque effectu tutelæ ſive auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progreſſio fit. Poſtremo tractatur de ſatisdationibus, excuſationibus & ſuſpicionibus, quæ utriuſque muneris communia ſunt. 1

In poteſtate non ſunt) Patria ſc. vel dominica, in qua qui ſunt, non ſui, ſed alieni juris ſunt: alioqui & tutela

tela ſpecies quædam eſt poteſtatis ; (quod verbum & alia plura ſignificat, *l. poteſtatis. 215. de verb. ſign.*) ſed quæ ad ſtatum & caput ejus, qui in tutela eſt, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata eſt, ſicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris, ſed ſui juris eſt ; nec illi acquirit, ſed ſibi. Ut loquitur Spartianus *in Aureliano*.

TEXTUS.

Tutelæ definitio.

1. *Eſt autem tutela (ut Servius definivit) vis ac poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit, jure civili data ac permiſſa.*

NOTÆ.

1. *Vis ac poteſtas*) Ita & § *ſeq.* & Servius *l. 1. hoc tit.* hæc duo quoque junguntur, *§. 3. inf. de interd. l. 17. de legib. l. 7. C. de Cod.* Cic. 1. *de nat. Deor.* Gloſſ. baſil. δυναμις και εξȣσια. Theophil. δικαιον και εξȣσια, *jus & poteſtas*; ſignificatur autem verbis iſtis facultas & jus pro auctoritate quid faciendi.

In capite libero) Αρχαϊκως pro *in caput liberum*, ut in 12. tabb. *in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto*, item in formula adrogationis. Gell. v. 19. & Cic. pro *dom.* Caput autem liberum pro pupillo & perſona, quæ ſui juris eſt, *d. c.* 19.

Per ætatem) In Florent. eſt, *propter ætatem. l. 1. eod. propter ætatis infirmitatem.* Ulp. *tit.* 11.

COMMENTARIUS.

Vis ac poteſtas) Ita & in *l. 1. pr. D. eod.* Generis loco ponitur *vis ac poteſtas*, quæ duo frequenter conjunguntur, ut in *l. ſcire 17. de legib. §. adipiſcenda. 3. inf. de interd.* & ſignificant δυναμιν, εξȣσιαν, ſive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi ſtatuendive tum in perſona pupilli, tum in rerum pupillarium adminiſtratione, ὁμωνυμια in verbo poteſtatis jam notata eſt.

In capite libero) Objectum tutelæ, & eſt vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo 12. tabularum; *Si furioſus exiſtat, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto.* Item in formula adrogationis apud Agell. v. *c.* 19. *Utique ei vita neciſque in eo poteſtas ſiet.* Caput autem liberum pro homine libero veteres dicebant. Cicero IV. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib.* XXXI. *cap.* 21. *Libera capita ſine pretio dimiſit.* Hinc caput liberum facere, apud Plautum *Mercat. act.* 1. *ſc.* 2. *v.* 41. *ſeq.* pro manumittere, & eos plerumque, qui etiam ſui juris eſſent, hoc verbo intelligebant: quomodo Agellius *d. loc.* pupillum caput liberum appellat, id eſt, ſui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad tuendum eum) Hæc verba finem tutelæ indicant, & ſimul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratia conſtituta eſt, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Diſtinguunt itidem tutelam a patria poteſtate, quia magis ipſius patris cauſa comparata eſt, ſicut & dominica domini, cujuſque vis non minus in coercendo, quam in tuendo filio poſita eſt. Innuunt præterea, tutorem principaliter perſonæ dari, non certæ rei aut cauſæ, in quo differt a curatore §. 4. *ſeq. tit.* junct. §. 2. *inf. de curat.*

Qui per ætatem ſe ipſe defendere) His verbis diſtinguitur tutela a curatione: quippe quæ comparata eſt eorum omnium cauſa, qui rebus ſuis ipſi ſupereſſe non poſſunt, licet propter aliam cauſam, quam ætatem: ut ſunt furioſi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *inf. de curat.* In Florent. eſt, *propter ætatem.* Theoph. δια το της ἡλικιας ατελες.

Jure civili) Clauſula hæc ad definitionem neceſſaria non eſt, ſed ideo adjecta, ne quis putet, hanc poteſtatem temere & pro arbitrio a quibuſvis poſſe uſurpari, aut ad eos, qui non ſunt cives Romani, pertinere: nam tutela licet ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, patria poteſtas, teſtamenta, & cetera id genus.

Data ac permiſſa) Datur legitima, hoc eſt, legitimi tutores immediate ſine facto teſtatoris aut magiſtratus a lege ad tutelam vocantur, *l. 5. in pr. & l. 6. de leg. tut.* Permittitur, quæ prius data eſt aut teſtamento, aut a magiſtratu, illa lege 12. tabb. *l. 1. de teſt. tut.* hæc aliis legibus & conſtitutionibus, *inf. de Atil. tut.* Atque hinc etiam peti poteſt aliqua tutelæ diviſio tanquam a cauſa efficiente, partim proxima, partim remota. VINN. Ita quidem vulgo hanc definitionem Servii interpretantur. Sed quum Servius tutelam in genere definiat, quæ tempore illo non modo ad impuberes, ſed ad fœminas etiam omnes, quæ in manum non convenerant, pertinebat: proculdubio Tribonianus eam aliquantulum mutavit. Puto itaque talem fuiſſe Servii definitionem: *Tutela eſt vis & poteſtas*, (poteſtas in fœminæ; vis & poteſtas ſimul in pupillo,) *in capite libero*, (pupillo vel fœmina) *ad tuendum eum eamve, qui quæve per ætatem vel ſexus infirmitatem ſe defendere nequit, jure civili* (vel expreſſe) *data* (ubi tutela pupillaris,) *vel permiſſa* (& tacite moribus invecta, uti tutela fœminarum.) Rem alibi demonſtrabo. Jam id addo, & Conſtant. Harmenopolum *l. 5. c. 11. §. 1.* ea quæ omiſſa a Triboniano ſuſpicamur, reſtituiſſe, dum ait ἡ δια το της ἡλικιας ατελες, ἡ δια το της ευπραγιας ασθενες επιτετραμμενη, *aut ob ætatis infirmitatem aut rei gerendæ imperitiam permiſſa*. Quis Harmenopulum ea in re auctores ſuos ſequutum eſſe dubitet? HEIN.

TEXTUS.

Definitio & Etymologia Tutoris.

2. *Tutores autem ſunt, qui eam vim ac poteſtatem habent, exque ipſa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores quaſi tuitores atque defenſores: ſicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

COM-

COMMENTARIUS.

QUi eam vim ac poteſtatem) Si tutela eſt poteſtas ad tuendum eum, qui in tutela eſt, qui eam poteſtatem habet, recte tutor dicitur, argumento a conjugatis.

Tutores ſive tuitores) Ετυμολογια, ſive notatio verbi tutoris, *l.* 1. §. 1. *eod.* Tutela quoque idem erat veteribus, quod tuitio, ſicut cautela idem quod cautio.

Sicut æditui) Ædituus eſt ædis ſacræ tuitor, id eſt, curam agens, auctore Feſto. Veteribus dicebatur *aditumus*, ſi Gellio credimus *lib.* XII. *c.* 10. ἱεροφυλακα vocat Scævola *l.* 20. §. 1. *de ann. legat.* VINN. Conferendus omnino V. C. Car. Andr. Dukerus *de Latinit. JCt. vet. p.* 28. ubi hanc etymologiam contra L. Vallæ criticam defenſam videmus. HEIN.

TEXTUS.

Quibus teſtamento tutor datur, & primum de liberis in poteſtate.

3. *Permiſſum eſt itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare. Et hoc in filios filiaſque procedit omnimodo: nepotibus vero neptibusque ita demum parentes poſſunt teſtamento tutores dare, ſi poſt mortem eorum in poteſtatem patris ſui non ſunt recaſuri. Itaque ſi filius tuus mortis tuæ tempore in poteſtate tua ſit, nepotes ex eo non poterunt ex teſtamento tuo tutores habere, quamvis in poteſtate tua fuerint: ſcilicet quia, mortuo te, in poteſtatem patris ſui recaſuri ſunt.*

NOTÆ.

3. *Liberis impuberibus*) Etiamſi exhæredatis, *l.* 4. *de teſt. tut.* nec obſtat *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* quoniam exhæredatio non extinguit jus ſui hæredis: aut impuberem facit ſuæ poteſtatis, §. 4. *inf. de pup. ſubſt.*

Quos in poteſtate habent) Tutela jure patriæ poteſtatis mandatur, *l.* 40. *de adm. tut. l.* 1. *de teſt. tut. d. l.* 73. §. 1. Itaque nec pater filio emancipato; nec mater liberis tutorem jure dare poteſt; ſed opus eſt confirmatione, *tit. de conf. tut.*

Teſtamento) Codicillorum uſu recepto, etiam codicillis teſtamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l.* 3. *de teſt. tut.*

In poteſtatem patris) *l.* 1. §. *ult. eod.* quippe tutorem habere non poteſt, qui eſt in poteſtate patris; nec dari niſi ſuo hæredi, *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* junct. §. 2. *inf. de hær. qualit.*

Non poterunt ex teſtamento &c.) Eſt tamen caſus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater ſuperſtes & in poteſtate, *l.* 10. §. 2. *de teſt. tut.*

COMMENTARIUS.

SPecies tutelæ tres ſunt, teſtamentaria, legitima, & Attiliana ſive dativa, quas nunc ordine perſequitur, initio facto a teſtamentaria, quæ reliquis duabus potior eſt, *inf. tit.* 15. *in pr. l.* 9. §. 1. *in fin. de tut. & rat. diſt.* ſicut & in deferenda hæreditate potior cauſa eſt hæredum ex teſtamento, quam ab inteſtato, *l. quamdiu.* 39. *de acq. hær. l.* 89. *de reg. jur.* Ait permiſſum eſſe parentibus liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare paucis verbis complectens & perſonam dantis, & ejus, cui datur, & formam dandi ſive modum. In perſona dantis exigit, ut ſit parens: in perſona eorum, quibus datur, ut ſint liberi, ut impuberes, ut ſint in poteſtate dantis; ſunt & qui quartum requirunt, ut hæredes inſtituantur, contra expreſſum textum *l.* 4. *de teſt. tut.* & jus veteris patriæ poteſtatis. *arg.* §. 4. *inf. de pup. ſubſt.* In modo dandi, ut detur teſtamento. Teſtamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis teſtamento confirmatis ſcriptus eſt, *l.* 3. *de teſt. tut.*

In filios filiaſque, &c.) Lex duodecim tabb. generali vocabulo liberorum uſa eſt ſine diſcrimine ſexus aut gradus. Sive igitur fœminæ ſint, quibus tutor datus eſt, ſive maſculi, ſive filii, ſive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, §. *ult. ſeq. tit.* valet datio. Ceterum in nepotibus non aliter procedit, quam ſi poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui non recidant: quippe tutorem habere non poteſt, qui eſt in poteſtate patris, *hoc tit. in pr.* Deinde nepos, quamdiu pater eum in familia præcedit, non eſt ſuus hæres avo, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* tutor autem dari non poteſt, niſi ſuo hæredi, *l. quæ tutela.* 73. §. 1. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De poſthumis.

4. *Quum autem in compluribus aliis cauſis poſthumi pro jam natis habeantur: & in hac cauſa placuit, non minus poſthumis, quam jam natis, tutores dari poſſe, ſi modo in ea cauſa ſint, ut, ſi vivis parentibus naſcerentur, ſui hæredes, & in poteſtate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. *Pro jam natis*) Quoties de eorum commodo quæritur, ut hic, *l.* 7. *l. pen. de ſtat. hom.* aliis autem non proſunt, niſi nati, *l.* 231. *de verb. ſign.* exemplum in *l.* 2. §. 6. *de exc. tut.*

Sui hæredes, & in poteſtate) *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* nec minus tamen utilis eſt tutoris datio, ſi nati ſint vivo patre, *l.* 16. §. *ult. de teſt. tut.*

COMMENTARIUS.

QUod de tutore liberis jam natis dando dictum eſt, id hic etiam ad poſthumos producitur, hoc eſt, ad eos, qui tempore facti teſtamenti adhuc in utero ſunt. Et ait Imp. etiam his teſtamento tutores dari poſſe, hac ratione, quia qui in utero ſunt, in pleriſque juris articulis pro jam natis habentur; nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut

in

in caſu propoſito, *l. 7. & l. pen. de ſtat. hom.* Poterat & a jure patriæ poteſtatis ratio peti, *arg. §. 2. inſt. de exher. lib. §. 4. inſ. de pup. ſubſt.*

Sui hæredes & in poteſtate) Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare poteſt, niſi quos in poteſtate & in ſuis hæredibus, cum moritur, habet; ita nec poſthumis poteſt, niſi iis, qui, ſi vivo parente naſcerentur, ſui hæredes & in poteſtate ejus futuri eſſent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur; *Nemo*, inquit, *poteſt tutorem dare cuiquam, niſi ei, quem in ſuis hæredibus, cum moritur, habuit, habiturusve eſſet, ſi vixiſſet, l. quo tutela 73. §. 1. de reg. jur.* Eſt tamen caſus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater ſuperſtes & in poteſtate eſt, *l. 10. §. 2. ff. de teſt. tut.*

TEXTUS.

De Emancipatis.

5. *Sed & ſi emancipato filio tutor a patre datus fuerit teſtamento, confirmandus eſt ex ſententia præſidis omnimodo, id eſt, ſine inquiſitione.*

NOTÆ.

5. *Emancipato filio*) Idem eſt, ſi etiam non emancipato datus ſit, codicillis non confirmatis, *l. 1. §. 1. de confirm. tut.*

Omnimodo) Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *ut plurimum d. l. 1. §. 2.* interdum enim a voluntate patris recedet prætor, *l. 9. & 2. ſeqq. eod. l. 4. de teſt. tut.*

Sine inquiſitione) Et ſine ſatiſdatione, *d. l. 4. d. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. eod.* A matre autem datus filio inſtituto, (nam exhæredato a matre dari non poteſt, *d. l. 4.*) non ſatiſdat quidem, ſed ex inquiſitione confirmatur, *l. 2. de conf. tut. d. l. 4.* Ex *l. 4. C. de teſt. tut.* tollenda eſt negatio in illo loco *quando autem eos hæredes (non) inſtituerit.* Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus æſtimandum, an tutor jure datus ſit.*
2. *In quibus differat confirmatio tutoris a patre non rite dati & dati a matre, vel extraneo.*
3. *Explicatio l. 4. C. de teſt. tut.*
4. *Confirmatos tutores non pro dativis, ſed pro teſtamentariis habendos.*
5. *In his regionibus fere duo tantum eſſe genera tutorum, remiſſive.*

E*Mancipato filio*) Didicimus *tit. præc. §. præterea 6.* liberos per emancipationem poteſtate patris ſui liberari; quamobrem pater non jure, neque ex præſcripto legis 12. tabb. tutorem dat filio emancipato: ſed tamen qui ita non jure datus eſt, confirmatur auctoritate magiſtratus, & quidem ſimpliciter, ſive omnimodo, ut hic loquitur Juſtinianus, id eſt, ſine inquiſitione, ſitne idoneus necne. Locus poſtulat, ut de confirmandis tutoribus paulo, quam hic factum eſt,
1 diſſeramus accuratius. An tutor jure datus ſit, ex hiſce tribus potiſſimum æſtimatur; ex perſona dantis, ſi parens eſt, ex perſona eorum, quibus datur, ſi ſint liberi impuberes & in poteſtate dantis; ex modo dandi, ſi detur teſtamento, aut codicillis teſtamento confirmatis, *§. 3. ſup. eod.* Quapropter ſi quis alius, quam parens tutorem dederit; aut parens quidem, ſed dederit liberis, licet impuberibus, qui in ejus poteſtate non ſunt; aut non dederit teſtamento, ſive codicillis teſtamento confirmatis; datio ipſo jure non valet. Ceterum cum reverentiæ, tum affectui eorum, qui impuberibus non legitime tutores dederunt, tributum eſt, ut quod deficit, a magiſtratu repleatur, datique confirmentur, *l. 1. §. 1. de conf. tut.* Confirmatio autem 2
hæc non eſt unius modi. Intereſt enim an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut ſi is aut non juſto teſtamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocunque modo filio emancipato tutorem dederit, ſcriptus tutor ſimpliciter confirmandus ſit, hoc eſt, ſine inquiſitione; & ſatiſdatione ei remiſſa, *hoc text. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confirm. tut.* niſi quod ex cauſa nonnunquam inquiſitio fiat, ut in caſibus *l. 8. & 2. ſeqq. d. tit. l. 4. de teſt. tut. l. 3. §. 3. de adm. tut.* & quod in naturalibus liberis diſtinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil, *l. 7. d. tit. l. ult. C. eod.* Quod ſi alius, quam pater, tutorem dederit, ſive mater ſit, ſive patronus, ſive extraneus quis, non aliter hic tutor confirmatur, quam ſi & hæres impubes inſtitutus ſit, *l. 4. de teſt. tut. l. 4. de conf. tut.* quæ etiam ratio eſt, cur datio ſuſtineatur, *d. l. 4. de conf. tut.* & inquiſitio præceſſerit, *l. 2. l. 5. d. tit. l. qui in tutelam 28. §. 2. de teſt. tut.* Hoc intereſt, quod a matre datus ſatiſdatione non oneratur, ſed ab ipſo prætore ex inquiſitione confirmatur, *l. 2. de conf. tut.* ceteri fere remitti ſolent ad magiſtratus municipales confirmandos præſtita ſatiſdatione, *l. 5. d. tit.* nec aliter tamen quam ſi pupillus extra id quod ex ſucceſſione eorum accepit, nihil in bonis habeat, *l. 4. ff. eod.* Quod autem diximus, 3
a matre datum tutorem non aliter confirmari, quam ſi hæredem filium inſtituerit, ei obſtat *l. 4. C. de teſt. tut.* ubi & liberis non inſtitutis a matre datum confirmari ſolere reſcriptum eſt. Reſpondent nonnulli, hoc fieri ſolitum non ex juris aliqua conſtitutione, ſed ex uſu, quod non placet. Nam retenta lectione negativa hæc erit reſcripti ſententia, quod tutor a matre liberis inſtitutis teſtamento datus, recte datus intelligatur, nec egeat confirmatione, ſecus ſi non inſtitutis, id eſt, præteritis aut exhæredatis dederit; quod aperte falſum eſt. Tollenda omnino in *d. l. 4.* negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis, *Quando autem eos hæredes (non inſtituerit,)* quomodo detracta ſc. negatione, & in quibuſdam codicibus legi teſtatur Pacius. Et teſte D. Fabr. veteres libri negationem etiam non agnoſcunt, ut nec Interpp. Græc. ad *l. ult. Cod. arbit. tut.* Ita omnia & inter ſe & cum ratione juris optime convenient. Ne quis enim ex eo, quod ſimpliciter dixerat Imperator, non poſſe matrem filiis teſtamento tutorem dare, niſi eos hæredes inſtituerit, putaret, cum eos hæredes inſtituit, dationem ſuſtineri ipſo jure; mox quomodo hoc quod dixerat, intelligendum ſit, declarat, nempe etſi ne tunc quidem cum liberis inſtitutis mater tutorem dat, ipſo jure datio valeat, datum tamen a præſidibus confirmari ſo-

giſtratu dabitur, *inf. de Attil. tut.* §. 1. & *inf. de curat.* §. *ult.*

Major 25. *annis*) *l. quaero* 32. §. *ult. de teſt. tut.* Et hic interim uſque ad legitimam dati tutoris ætatem alius a magiſtratu dabitur, *l.* 10. §. *ſi libertus* 7. *de excuſ.* Recte autem hic monet D. Bachovius, ponendos eſſe terminos habiles, ut minor, qui tutor datus eſt, ejus ſit ætatis, ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere poſſit: alioqui dationem eſſe luſoriam, ac protinus a magiſtratu tutorem dandum; quod ſic accipe, ſi legitimum tutorem pupillus non habeat.

TEXTUS.

Quibus modis tutores dantur.

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel ſub conditione, vel ante hæredis inſtitutionem poſſe dari tutorem non dubitatur.*

COMMENTARIUS.

1. *Servum furioſum, minorem 25. annis, a magiſtratu non recte tutorem dari, neque, tutorem tempori aut conditioni adſtringi.*

Etiam in modo teſtamento tutores dandi placet teſtatoris voluntatem ſervari. Itaque non ſolum pure, ſed ex die etiam & ſub conditione tutorem recte dederit, ut qui datus ſit, non ante ſit tutor, quam dies aut conditio extiterit, & deficiente conditione tutor non ſit. Poteſt & ad certam diem & uſque ad certam conditionem tutorem dare, ut finito tempore aut conditione exiſtente tutor eſſe deſinat, *l.* 8. §. 1. & 3. *de teſt. tut. l. ſi adrogati* 14. §. 3. & *ult. de tutel.* §. 2. & §. *pen. inf. quib. mod. tut. fin.* & deficiente quidem aut finita tutela teſtamentaria, locus erit legitimo tutori; pendente, Attiliano: *l.* 11. *de teſt. tut.* junct. *l.* 9. §. 2. *de tut. & rat. diſtr.*

Vel ante hæredis inſtitutionem) Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuiſſe. Poterat autem de eo dubitari, propterea quod jure veteri ante hæredis inſtitutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio eſt, §. 34. *inf. de legat.* Hic paucis admonendi ſumus, ea, quæ de ſervis, furioſis, minoribus 25. annis tutoribus datis; itemque de tutore tempori aut conditioni aſtringendo dicta ſunt, omnia propria eſſe tutelæ teſtamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis 12. *Utique quiſque legaſſit, &c.* patri permiſſa. Non eadem libertas magiſtratibus data. Nam hi ſub conditione tutorem dare vetantur, *l.* 6. §. 1. *de tutel.* quamobrem nec ſervus, nec furioſus, nec minor recte ab iis tutor dabitur, ſive ſub conditione expreſſa, ſervus, *cum liber erit &c.* ſive ſimpliciter & pure: nam & tunc eadem conditio perinde ineſſe creditur, atque ſi expreſſa eſſet, *l.* 10. §. *pen. & ult. de teſt. tut.* Cur tam varie? Nimirum quia ab officio judicis aut magiſtratus alienum eſt actus ſuos ſuſpendere atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præſenti nobis officium atque auctoritatem ſuam, qua opus eſt, impertiatur, quod & Jo. Fabro ſuboluit, qui ad hoc utitur *arg. l. non quemadmodum* 35. *de jud. l.* 1. §. *biduum* 5. *quand. app.* Aliam inſuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore a patre ſub conditione dato, magiſtratus ſit, pendente conditione, pupillo proſpicere. At ſi a magiſtratu tutor ſub conditione daretur, neminem adiri poſſe, qui, pendente conditione, pupillo conſulat. In eo autem Gloſſ. & DD. in *d. l.* 6. §. 1. errare exiſtimo, quod putant etiam magiſtratum ſub tacita conditione tutorem dare poſſe, per *l.* 11. *de tutel.* quippe quæ de tutela teſtamentaria omnino accipienda eſt, ut & Bart. eam accepit. Plane uſque ad conditionem, ſub qua tutor teſtamento datus eſt, a magiſtratu interim alium tutorem tacite dari poſſe non ambigitur, §. 1. *inf. de Attil. tut. d. l.* 11. *in pr.*

TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certæ autem rei, vel cauſæ, tutor dari non poteſt: quia perſonæ, non cauſæ, vel rei, tutor datur.*

NOTÆ.

4. *Certæ rei*) Ex Ulp. *l.* 2. & Marcian. *l.* 14. *de teſt. tut. Certæ rei*, nec deductis rebus, *d. l.* 12. κτε ἐξηρημενων πραγματων, ut vertunt Græci. Et ſi datus fuerit, tota datio non valebit, *l.* 13. *eod.* Aliud juris eſt, ſi quis hæres certæ rei ſcribatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. inſt.*

Non poteſt) Univerſo tamen patrimonio alicujus loci utiliter datur, *l.* 15. *eod.*

Perſonæ) Principaliter ſcil. nam per conſequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, *l.* 12. §. *pen. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Diſpoſitioni hujus* §. *apud nos locum non eſſe.*

Certæ rei vel cauſæ) Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus eſt, tabernæ pupilli tutor eſto: quia juris & conſuetudinis forenſis, lites & controverſias perſequatur.

Quia perſonæ) Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *ſup. tit.* ideoque ſi ad certam rem aut cauſam datus fuerit, tota datio non valebit, *l.* 12. *cum* 2. *ſeqq. de teſt. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obſtat *l.* 12. §. *cum tutor* 3. *de adm. tut.* Aliud enim eſt certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpoſitum intelligi. Nam cum perſonæ pupilli tutor detur, per conſequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem perſonæ ſequuntur. Et vero ſi perſonæ pupilli conſulendum eſt, neceſſe eſt, ut non tantum perſonæ & moribus pupilli, ſed etiam rebus ejus tutor præponatur, *d. l.* 12. *de teſt. tut. d. l.* 12. §. *cum tutor* 3. *de adm. tut.* Atque in hoc præcipue differt tutor a curatore, qui rebus minoris principaliter datur, *l.* 8. *C. de nupt.* & ad unum certumque negotium recte decernitur, §. 2. *inf. de curat. l.* 7. *de tut. dat.* Plane ſi tanto locorum intervallo disjunctum ſit patrimonium, ut difficulter ab uno adminiſtrari queat, pupilli favore receptum eſt, ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ aut Syriacæ, tutor dari

poſ-

poſſit, *l.15. de teſt. tut.* quo tamen caſu ſinguli tutores in ſolidum dari intelliguntur, nec tam tutela dividi, quam adminiſtratio. Una ſane ſuperioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hæreditatem adeundam ut tutor detur, ex cauſa permiſſum eſt, *l.9. de tut. dat. l.10. de teſt. tut. l. 17. §. 1. de appell.* Mater quoque dicitur potius in rem, quam in perſonam tutorem dare videri, *l. 4. de teſt. tut.* quaſi nec verus tutor ſit, qui ab eo datus eſt, qui jus dandi tutorem ex lege non habet. Apud nos hæc juris Romani ſubtilitas non obſervatur: ſed poteſt, auctore Grotio, 1. *manud. c. 7.* tutor vel teſtamento vel a magiſtratu etiam ad certam rem vel cauſam dari. Quoniam hodie ſublata eſt tutorum & curatorum differentia, vid. *inf. tit. de curat.* Poteſt etiam a magiſtratu dari ex die vel ad diem vel ſub conditione (quod jure Romano ſolis parentibus permiſſum erat, *§. præc.*) modo ne pupillus unquam indefenſus maneat. Illud etiam nunc manet, quod tutor incertus nec teſtamento recte detur, *l. tutor 20. l. tutor 23. de teſt. tut. §. ſed nec 27. inf. de leg.*

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis vel nepotibus.

5. ***Si quis filiabus ſuis, vel filiis tutores dederit, etiam poſthumæ, vel poſthumo dediſſe videtur; quia filii vel filiæ appellatione & poſthumus & poſthuma continentur. Quod ſi nepotes ſint, an appellatione filiorum & ipſis tutores dati ſint? Dicendum eſt, ut & ipſis quoque dati videantur, ſi modo liberos dixerit. Ceterum ſi filios, non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane ſi poſthumis dederit, tam filii poſthumi, quam ceteri liberi continebuntur.***

NOTÆ.

5. *Si quis filiabus*) Ex Ulpian. *l. 5. & l. 6. de teſt. tut.*

Etiam poſthumæ) In legatis contra, *l.17. de legat.* 1. quia legata liberis, non ut liberis, relinquuntur, ſed ex affectione ſingulari erga hos vel illos: at tutor liberis, ut liberis, datur, jure poteſtatis.

Aliter filii, aliter nepotes) Natura filium a nepote diſtinguit; & hic naturalem propriamque appellationem ſequimur, quia ut ab ea recedamus, nulla juſta eſt ratio: alias filii appellatione & nepos continetur, juſta ſcil. interpretatione, *l.84. l.201. l.220. de verb. ſign.* Exempla in *l.59. de rit. nupt. l.2. §.28. ad Tertyl. l.14. de ſenat. Mac.* Filius tamen appellatione filiorum hic quoque venire placet, *l.16. de teſt. tut.*

Poſteris) Leg. *poſthumis, d. l.6.* & ita Theophil. & alii.

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis deſcendunt.*
2. *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & poſthumos: nepotes non contineri, filias contineri. Et quæ horum omnium ratio.*
3. *Appellatione poſthumorum venire liberos omnes naſcituros ſive primi, ſive ulterioris gradus.*

Voluntatis quæſtio eſt, cum quæritur qui liberi appellatione filiorum, liberorum, poſthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, 1
nulla dubitatio eſt, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, contineantur, ſive filii ſint, ſive nepotes aut deinceps, ſive jam nati, ſive adhuc naſcituri, *l. liberorum 220. de verb. ſign.* Quamobrem ſi quis liberis tutores dederit, non ſolum filiis, ſed etiam nepotibus & qui infra eos ſunt, dediſſe intelligitur, uti ex Ulpian. *l. 6. de teſt. tut.* Juſtinianus hoc loco refert; dummodo poſt mortem dantis in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſint, *§. 3. ſup. tit.* De filiis duo hic quæruntur: unum eſt, an eorum appellatione etiam poſthumi contineantur: alterum, an & nepotes. De 2
primo ait, *ſi quis filiabus ſuis vel filiis tutores dederit, etiam poſthumæ vel poſthumo dediſſe videtur: quia filii vel filiæ appellatione & poſthumus & poſthuma continentur*, quod & Ulpian. reſpondet *l.5. d. tit.* Cui tamen loco obſtare videtur, quod idem Ulpianus ſcribit *l. qui filiabus 17. in pr. de legat.* 1. eum qui filiabus legavit, non intelligi poſthumæ legaſſe, niſi & mentionem aliqua parte teſtamenti poſthumæ fecerit. Sed hæc minime pugnant. Tutor enim datur jure poteſtatis, ut filiis & liberis; poſthumi autem æque filii & liberi ſunt, ac ceteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, ſed ex ſingulari affectione erga certos: quæ affectio in propoſito erga poſthumam non præſumitur, ita fere Angel. hic poſt *Gloſſ. in d. l.17.* Alterum eſt utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire: quia aliud ſit filius, aliud nepos; filius enim eſt, qui ex me ex uxore mea natus eſt: nepos, qui ex filio meo, hoc idem & Ulpian. *d. l. 6.* Quid ergo eſt, quod legimus in *l. filii 84. l. liberorum 220. de verb. ſign.* filiorum appellatione etiam nepotes ceteroſque, qui ex nobis deſcendunt, contineri? Nimirum ubi juſta interpretatio id ſuadet, *l. juſta 201. eod. tit.* Nam nec a proprietate verborum aliter recedendum eſt, *l. non aliter 69. de legat.* 3. Exempla ſuppeditant, *l. ſenatus 59. de rit. nupt. l. 2. §. filiis 28. ad Tertyll. l.14. de ſen. Mac.* Et fingamus in propoſito teſtatorem filios non habere, ſed nepotes tantum: aut finge nepotes ſolos eſſe impuberes, dubitandum non eſt, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egiſſe videatur; quod & Joan. Faber notat. At ſi filios teſtator habeat impuberes, nulla juſta cauſa eſt, cur recedamus a proprietate ſermonis & naturali appellatione, ut dicamus filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluiſſe. Nam nepotibus fortaſſe magis expediat peculiarem tutorem habere, legitimum vel dativum, quam eum, qui a parente datus eſt, qui filiorum tutela ſatis ſit implicitus atque occupatus: cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus intereſt ne nimium oneretur. Illud hic omiſſum eſt, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Reſponſum eſt contineri *l. 16. in pr. de teſt. tut* quippe in toto jure pronuntiatio ſermonis in ſexu maſculino ad utrumque ſe-

xum porrigitur, *l.* 1. *l. pronuntiatio* 195. *de verb.*
3 *ſign.* De poſthumis eſt in verſ. *Plane ſi poſthumis.* Et ait Imp. ſi poſthumis tutor datus ſit tam filios poſthumos, quam ceteros liberos, contineri, id eſt, ut recte hoc accepit Theophilus, contineri non tantum poſthumos primi gradus, verum etiam ſecundi & ulteriores: ſi modo in ea cauſa ſint, ut ſi vivo teſtatore naſcerentur, in poteſtate ejus futuri ſint, neque teſtamentum rupturi, *l.* 1. §. 1. *de teſt. tut.* Quare neceſſe non eſt, ut cum Haloandro pro *poſthumis* ſubſtituamus *poſteris*, maxime cum a pu Ulpian. quoque *l.* 6. *eod.* unde hæc deſcripta ſunt, *poſthumis* legatur, & ut Bald. ibi notat, vox poſthumi non diſtinguat gradus, ut filii, ſed colligat; add. Don. III. *comm.* 4. D. Tuld. *hic c.* 4. D. Jac. Coren. *conſ.* 14. ubi diſputat, an vox Belgica *Kindt* aut *Kinderen* tam late pateat, quam Latina *liberorum*, ut & Sande *lib.* IV. *rer. jud. tit.* 5. *de fin.* 10.

Titulus Decimusquintus.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA

Lib. 26. *tit.* 4. *Cod. lib.* 5. *tit.* 30.

Ratio ordinis & argumentum Tituli.

TEſtamentariam tutelam excipit legitima. Ea eſt, quæ lege defertur iis fere, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor; agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciaria: quarum duæ priores proprie ſunt legitimæ, *l.* 1. *hoc tit.* ſequentes duæ ἀναλογως. Singulæ ſingulis titulis hic explicantur in ff. & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur ſpecies prima, quam agnatorum eſſe diximus, traditurque unde ea deſcendat, quinam ſint agnati, quando iis tutela deferatur: poſtremo ſubjicitur ſpecialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

Textus.

Summa.

Quibus autem teſtamento tutor datus non eſt, his ex lege duodecim tabularum agnati ſunt tutores, qui vocantur legitimi.

Notæ.

Ex lege 12. *tabb.*) *l.* 1. *de leg. tut.* ubi id ſumma providentia conſtitutum dicitur, ut qui ſperarent ſucceſſionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Lege autem Solonis tutela non deferebatur agnatis niſi remotioribus. Laert. in *Solon.* contraria vid. ratione, quod fere quiſque conetur eum, quem proximus hæres inſequitur, expungere, ut ait Perſ.

Commentarius.

1. *Quid interſit inter agnatos, & gentiles, gentem & familiam.*

QUibus teſtamento) Semper enim legitimi tutores, ut ſupra quoque dictum eſt, cedunt teſtamentariis, *l.* 11. *de teſt. tut. l.* 9. §. 1. *de tut. & rat. diſt.* ſicut & legitimi hæredes iis, qui ex teſtamento vocantur, *l. quamdiu de acq. hær.* Et vulgo dici ſolet, proviſio hominis facit ceſſare proviſionem legis, per *l. ult. C. de pact.*

Ex lege 12. *tabb. agnati ſunt tutores*) Lex 12. tabb. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iiſdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque ſumma providentia a lege conſtitutum eſſe Ulp. ſcribit, ut qui ſperarent ſucceſſionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l.* 1. *hoc tit.* Hæc autem tutelæ ſpecies ea eſt, quæ a Servio dicitur jure civili data, *l.* 1. *de tutel.* Etenim legitimos tutores nemo dat, ſed lex eos tutores facit, *l.* 5. *hoc tit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem a lege factam. Et ſane in hæreditate facta eſt, auctore Cornificio ad Heren. *lib.* 1. qui verba legis ſic refert: *Si paterfam. inteſtato moritur, familia pecuniaque ejus agnatorum gentilitiumque eſto.* Ut omnino veriſimile ſit, eodem modo poſt agnatos & tutelam gentilibus delatam fuiſſe. Quid interſit inter gentiles & agnatos mul- 1
ti ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod diſcrimen eſt inter gentem & familiam, hoc idem eſt inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus conſtat familiis; quæ ſingulæ cognominibus diſtinguuntur: nam ut nomen univerſæ genti commune eſt: ita cognomen proprium cujuſque familiæ, quæ gente continetur. Qui ejuſdem gentis ſunt, gentiles; qui ejuſdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi cauſa, in gente Valeria ſunt Corvini, Maximi, Meſſallæ, Flacci. Hi omnes unam gentem Valeriorum conſtituunt: ſinguli ſingulas in ea gente familias; omneſque inter ſe gentiles ſunt; ſinguli inter ſe etiam agnati. Vinn. Recte tamen Cic. *Topic. cap.* 6. addit, gentiles eſſe non omnes, *qui ejuſdem nominis*, ſed, *qui ab ingenuis oriundi, & quorum majorum nemo ſervitutem ſervierit.* Nam & libertos patronorum nomina adſumſiſſe, nemo ignorat. Hein.

Textus.

Qui ſunt agnati.

1. Sunt autem agnati, cognati per virilis ſexus cognationem conjuncti, quaſi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fra-

fratris filius, nepoſve ex eo: item patruus & patrui filius, nepoſve ex eo. At qui per fœminini ſexus perſonas cognatione junguntur, agnati non ſunt, ſed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non eſt tibi agnatus, ſed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea naſcuntur, patris, non matris familiam ſequuntur.

COMMENTARIUS.

PEr virilis ſexus) Agnati dicuntur, qui per virilis ſexus perſonas cognatione juncti ſunt, *l. 7. hoc tit. §. 1. inf. de leg. agn. ſucc. l. 2. §. 1. de ſuis & leg.* modo non ſint capite minuti, & ſint in familia, *§. ult. inf. eod.* Nihil autem refert, natura quæſita ſit agnatio, an adoptione, *d. l. 2. §. 3. de ſuis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre) Maſculos tantum ex agnatis hoc loco recenſet, quia licet etiam fœminæ quædam nobis agnatæ ſint, veluti ſoror ex eodem patre nata, amita, fratris filia: tutela tamen ſolis maribus jure communi defertur, *l. 1. §. 1. hoc tit.*

Naturali jure cognati) Cognationis nomen per ſe generale eſt; ſiquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure ſanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt; proinde & agnati. At idem nomen oppoſitum agnationi ad eam ſpeciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l. 4. §. 2. l. ult. §. 1. & 2. de grad. & aff.* idemque hic plane accidit, quod in nomine adoptionis notavimus ſub *§. 1. ſup. de adopt.* Agnati noſtratibus dicuntur *vande Smaert zy*, cognati *vande Spil zy*.

TEXTUS.

Quis dicatur inteſtatus.

2. Quod autem lex duodecim tabularum ab inteſtato vocat ad tutelam agnatos: non hanc habet ſignificationem, ſi omnino non fecerit teſtamentum is, qui poterat tutores dare, ſed ſi quantum ad tutelam pertinet, inteſtatus deceſſerit: quod tunc quoque accidere intelligitur, quum is, qui datus eſt tutor, vivo teſtatore deceſſerit.

COMMENTARIUS.

QUantum ad tutelam) Diſerte ait, quantum ad tutelam, ut & Juriſconſult. *l. 6. hoc tit.* nam ad hæreditatem quod attinet, nemo inteſtatus deceſſiſſe intelligitur, qui teſtamento facto, unde hæres poſtea extitit, deceſſit, *inf. de her. quæ ab int. def. in pr.*

Vivo teſtatore) Exempli cauſa poſitum arbitror. Quid enim ſi poſt mortem teſtatoris ante cœptam tutelam deceſſerit? Sane non minus hoc, quam illo caſu recte dicitur paterfam. quoad tutelam inteſtatus deceſſiſſe. Sed etſi tutor teſtamento datus poſt cœptam tutelam deceſſerit, vel in civitate eſſe deſierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l. 6. hoc tit. l. 11. §. pen. & ult. de teſt. tut.* Unde vel magis dicendum eſt, ſi ad certam conditionem vel ad certum tempus datus ſit, exiſtente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti: quaſi qui dedit, pro parte inteſtatus, quod ad tutelam pertinet, deceſſerit. Plane ſi tutor teſtamento datus poſtea excuſatus ſit aut remotus, placet, non legitimum ſuccedere, ſed in locum ejus alium a magiſtratu dari, *d. l. 11. §. 1. & 2.* Diverſi hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipſo jure tutela finitur & plane extinguitur; excuſatione autem & remotione non item, ſed interventu magiſtratus, quaſi ipſo jure perſıſtit, quodammodo habeatur, ac ſi excuſati ac remoti adhuc tutores eſſent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3. Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen eſt, cognationis vero jus non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere poteſt, naturalia vero non utique.

COMMENTARIUS.

1. *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*
2. *In his regionibus vix uſum eſſe legitimæ tutelæ: & quid moris ceſſante teſtamentaria.*

DIffert agnatio a cognatione etiam in eo, quod agnatio quavis capitis deminutione, etiam minima tollatur, & conſequenter jura agnationi tributa, ut tutelæ & hæreditates legitimæ intereant, *l. 7. de cap. min. l. 5. §. ult. hoc tit.* Cognationis autem jus non mutetur, niſi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo amplius *§. pen. ſeq. tit.* qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam idcirco hoc loco propoſuit Juſtinianus, ut aditum ſibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque) Additum propterea quod jus agnationis certis perſonis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione, non perimitur: quippe quibus legibus hæreditates & tutelæ ſic deferuntur, ut perſonæ naturali nomine deſignentur: ut ecce, defertur hæreditas ex Senatuſconſultis matri & filio; *d. l. 7. de cap. min. §. 2. inf. de ſen. Orfic. l. 1. §. 8. ad ſen. Tert.* Conſtitutione quoque Anaſtaſii frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel ſororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l. 4. C. hoc tit. §. 1. inf. de ſucc. cogn.* Juſtinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult. §. 4. C. de legit. her.*
Noviſſimo autem jure cum in totum ſublata ſit a- 2
gnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem tum tutelam vocentur: *Nov. 118. c. 4. & 5.* conſequens omnino eſt, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

Quia

Quia agnatio juris civilis nomen) Sicut & familia, cujus appendix eſt agnatio. Neque obſtat, quod etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt: multa enim etiam apud alias gentes obſervantur, quæ tamen non ſunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æſtimandum, *l.9. in fin. de juſt. & jur.* conſtituta, ſed civili duntaxat; argumento eſt adoptio, de qua *ſup. tit. 11.* item uſucapio, de qua *lib.2. tit. 6.* tale etiam eſt jus agnationis.

Civilia jura corrumpere poteſt) Quod non ſic accipiendum eſt, quaſi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur, ſed ea tantum, quæ familiæ illius ſunt propria, e qua capite minutus exit.

Naturalia vero non utique) Ου παντὼς, non omnino, Th. non capitis deminutione minima. Pompon. *l.8. de reg. jur. nullo jure civili*, id eſt, nulla juris civilis vel fictione, vel ſolemnitate, veluti emancipatione, vid. *§. pen. ſeq. tit.*

2 Apud nos legitimæ tutelæ vix uſus eſt, ut notavimus *ſup. tit. de tutel. in fin.* præterquam in agro Voornano, juxta *art.* 74. ſtatutorum illius agri confirmatorum a Carolo Quinto anno 1519. Ceterum ceſſante tutela teſtamentaria, magiſtratus tutelaris, ſicubi eſt, aut qui juri dicundo præſunt, tutores (fere tamen proximos pupilli cognatos.) creant. Ac ne pupilli diu indefenſi maneant, tenetur parens ſuperſtes, aut eo tutelam ſuſcipere recuſante, duo e proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus ſtatutis aut conſuetudine locorum definitum, tutore a magiſtratu petere; qui tum de conſilio eorum, atque etiam ex iis, quod ſine fraude pupillorum fiet, tutores eligit atque conſtituit. Quamobrem pater & mater, iiſve deficientibus, avus & avia, in tutela filiorum ſuorum & nepotum ceteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter e cognatis defuncti proximis adjungendus eſt. Patris & avi tutela perpetua eſt; matris & aviæ tranſitu ad ſecundas nuptias finitur: neque ad tutelam admittuntur, niſi prius beneficio Senatuſconſulti Vellejani renuntiaverint, juxta diſpoſitionem juris civilis Romanorum, *auth. matri & avia & ſeq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat, uti judicatum refert Mynſ. 111. *obſ.*84. add. Jo. Gutierez *de tutel. p.1. c.8. & 9.* Si ex parentibus nemo extabit, tenentur ad minimum duo ex iis, qui pupillum proxime contingunt, unus per patrem, alter per matrem, ſimili modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget magiſtratus, aut ſi illi idonei non ſint, qui proxime ſequuntur, & ita deinceps. Demum ſi cognatorum nemo ſit idoneus, alios ex inquiſitione tutores creabit. Conſule ſtatuta tutelaria Rhynlandiæ. *art. 12. cum aliquot ſeqq.* Grot. 1. *manuduct.* 7. Chriſtin. *vol.* 111. *dec.* 147. *n.4. & ſeqq. & deciſ.* 149. ubi refert, moribus Galliæ & Mechilinienſium matrem & aviam non renuntiare Vellejano.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Lib. 4. D. Tit. 5.

Continuatio & ſumma tituli.

IN ff. hic locus inter reſtitutiones in integrum tractatur *lib.4. tit.5.* Juſtinianus autem cum in *§. ult. ſup. tit.* docuiſſet, jus agnationis, ac proinde & tutelam legitimam quovis genere capitis deminutionis perimi, inde occaſionem arripuit de ea re plenius ſeparatim diſputandi: quod facit *hoc tit.* ubi primum quid ſit capitis deminutio, definit: deinde diviſo genere in ſuas ſpecies, itidem quid ſint ſingulæ, & quam vim habeant, exponit: tum interpretatur, quod in *d. §. ult.* dixerat, cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis interverti: & tandem pro corollario docet, quo ordine agnatis tutela deferatur.

TEXTUS.

Definitio & diviſio.

Eſt autem capitis deminutio, prioris ſtatus mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima eſt capitis deminutio, aut minor (quam quidam mediam vocant) aut minima.

NOTÆ.

Prioris ſtatus mutatio) Græci, προτερας κατασασεως εναλλαγη. Apud Paulum in *l.1. eod.* non eſt *prioris Status*, hic eſt, quod a genere, a civitate, a rerum natura tribuitur, *l.3. de int. & releg.* nempe familia, civitas, libertas, *l. ult. h. t.*

Tribus modis) Auſon. *Idyll.* 11. *Triplex libertas capitiſque minutio triplex* nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amiſſo, contingit capitis deminutio, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

C*Apitis deminutio*) Verbi capitis varia eſt & multiplex acceptio, ut videre eſt apud Hotomannum & alios in *Lexic.* Hic ſignificat perſonam, locum aliquem in ordine civium proprio obtinentem, quem lo-

locum ſuum amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomannus, ad perſonam translatum eſſe, quod de ipſo ordine proprie loquendo dici debebat; ut ecce cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. Vinn. Vocabulum hoc e cenſibus Rom. profluxiſſe, oſtendimus in *Antiq. Rom. h. t.* Et ſane ſemper fere veteres ita loquuntur: *cenſa ſunt capita civium* 260000. Exempla paſſim apud Livium. Quoties itaque civis ſtatum mutabat, nomen ejus e tabulis cenſualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel caput eximebatur de civitate, *l. 2. ff. de publ. judic.* Hinc *caput* pro ſtatu; & *capitis deminutio* pro ſtatus mutatione dici cœpit. Hein.

Status mutatio) *l. 1. hoc tit. l. 2. de in int. reſt.* Græci καταςάσεως ὑπαλλαγὴ, κεφαλῆς ἐλάττωσις. Status quoque vocabulum multa ſignificat; ſed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod ſinguli in civitate habemus, nimirum libertate, civitate, familia, quæ tria ſcite Chremes apud Terentium in *Eunucho act. IV. ſcen. 7. v. 35. ſeq.* his verbis complectitur: *Dico eam eſſe liberam, civem Atticam meam ſororem.*

Tribus modis) Tot enim neceſſe eſt, ſint genera capitis minutionis, quot ſunt, quæ in perſona cujuſque civis conſiderantur, quorumque uno amiſſo ſtatus ejus commutatur, *l. ult. hoc tit.* Qui duo tantum genera faciunt, magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt, quod facit Ulpian. *l. 1. §. ſi filius 4. de ſuis & legit. l. 1. §. capitis minutio 8. ad ſenat. Tertyl.* item Calliſtratus *l. 5. §. ult. de extraord. cognit.* Vinn. Conf. quæ notavimus ſupra ad *§. 4. de juſt. & jure.* Hein.

Textus.

De maxima capitis deminutione.

1. *Maxima capitis deminutio eſt, cum aliquis ſimul & civitatem & libertatem amittit, quod accidit his, qui ſervi pœna efficiuntur atrocitate ſententiæ: vel libertis, ut ingratia erga patronos condemnatis; vel his, qui ſe ad pretium participandum venundari paſſi ſunt.*

Notæ.

1. *Vel libertis*) Libertus ingratus jure libertatis exuitur, & patrono in ſervitutem redigitur, *l. 2. C. de libert. & eor. lib.* quod & Attico jure obtinuit. Plat. XI. *de legib.* Plut. in *Solon.* Uſurpavit Claudius, Suet. *in ejus vit. c. 25.*

Commentarius.

Cum omnia amittimus, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur *l. ult. hoc tit.* Hoc autem iis ſemper accidit, qui ſervi efficiuntur. Nam ſublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic Regulus *capitis minor* Horatio, id eſt, ſervus factus per captivitatem, *lib. III. carm. Ode 5. v. 42.* De modis, quibus quis in ſervitutem redigitur, pleniſſime explicatum eſt, *Vinnius in Inſtitut.* *§. pen. ſup. de jur. perſ.* & nominatim de ſervitute pœnæ, in *§. pœna ſervus 3. ſup. quib. mod. jus pat. pot.*

Ingratia) Ita legit Pacius, alii *ingratis*. Hotomannus *ingrati*, ut ſubaudiatur *crimine* vel *judicio*. Uſurpavit hoc jus Imp. Claudius, teſte Suetonio in ejus vita *c. 25.* Eſtque de eo *tit. in Cod. de libert. & eor. lib.*

Textus.

De media.

2. *Minor ſive media capitis deminutio eſt, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei, qui in inſulam deportatus eſt.*

Commentarius.

1. *Cur ſontibus olim aqua & igni interdici ſolitum?*

Libertas retinetur) *l. 2. §. 1. l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de interd. & releg.* Objici ſolet locus Calliſtrati in *l. pen. §. ult. de extr. cogn.* Sed locus iſte haud dubie depravatus eſt, & pro *veluti* legendum *vel*, quomodo & in nonnullis codicibus legi teſtatur Accurſius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit *lib. III. lect. 10.* ex una particula *veluti* duas faciens *vel uti*. Nimirum Calliſtratus ſub magna capitis deminutione utramque & qua libertas, & qua civitas amittitur, complexus eſt, quod & aliis familiare eſſe paulo ante monuimus. Niſi quis malit cum Cujacio locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quaſi jure Quiritium liber non ſit, qui in numero Quiritium non eſt, ut diſputat Cic. *in fin. orat. pro Cacinna.* Vinn. Nihil eſt hac Cujacii ſententia verius. Alia erat libertas juris gentium, alia juris Quiritium, quam luculenter explicavimus in *Antiq. Rom. adpend. libri 1. §. 25. ſequ.* Illa capitis deminutione maxima; hæc & media eripiebatur. Liv. *lib. XLV. cap. 15.* Præclare rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt *Obſ. lib. II. cap. 21.* Hein.

Cui aqua & igni) Jure a majoribus tradito non licuiſſe, civem, licet noxium, aut ſupplicio capitis afficere, aut libertatem ei civitatemve adimere, multi tradiderunt. Cæſar. *orat. ſua apud Salluſt. de bell. Catil.* Cicero in ſuis *pro Aul. Cacin. pro dom. ſua pro Corn. Balb.* Lactant. *lib. II. cap. 10.* Ceterum cum ad diſciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & ſcelera malorum hominum impunita non relinqui, inventa ratio eſt, qua civitate, ſalvo inſtituto majorum, expellerentur. Itaque aqua & igni ſontibus interdici cœptum eſt, ut his duobus tanquam vitæ humanæ præſidiis deſtituti, ſi exitium ſibi paratum vitare vellent, in exilium proficiſci cogerentur, inque aliam civitatem profugere, in quam cum eſſent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem, (ſiquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur,) ſed tacite tamen morte quodammodo multabantur, vique ipſa expellebantur civitate; cum ſolo aere vivere aut tegi non poſſent; nec fas eſſet eos aut tecto recipere aut aqua & igni, ceteriſve, quibus vita continetur, ju-

juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis *pro domo ſua cap.* 29. & 81. liquet.

In inſulam deportatus) Deportatio ſpecies exilii fuit atrociſſima, cum ſcilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis nervo aut compedibus vinctus & in navim impoſitus a ſervis publicis in certam inſulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifeſto caput eximitur de civitate, civesque ad peregrinorum conditionem rediguntur, *l.*17. §. 1. *de pœn. l.*6. *de int. & releg.* Non uno autem loco in libris noſtris traditum eſt, deportationem in inſulam in locum aquæ & ignis interdictionis ſucceſſiſſe, *l.*2. §. 1. *de pœn. l.* 3. *ad leg. Jul. peсul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbra vetuſti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos noſtri deportatos interpretantur, *l.*1. §. *hi quibus* 2. *de legat.* 3. *l.* 2. *de publ jud.* eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda eſt. Conſule Briſſon. *lib* III. *ſel. antiq. cap.* 5.

TEXTUS.

De minima.

3. ***Minima capitis deminutio eſt, quum civitas retinetur & libertas, ſed ſtatus hominis commutatur: quod accidit his, qui quum ſui juris fuerint, cœperunt alieno juri ſubjecti eſſe, vel contra; veluti ſi filiusfamilias a patre emancipatus fuerit, eſt capite deminutus.***

NOTÆ.

3. *Alieno juri ſubjecti eſſe*) Puta adrogati, eorumque liberi, *l.* 3. *pr. eod.* §. *pen. ſup. de adopt.* item dati in adoptionem perſonæ non extraneæ, §. 2. *ſup. d. tit.*

Emancipatus.) Emancipatus capite minuitur, *l.* 8. *in fin. cum l. ſeq. h. t.* quia ut ait Paul. *l.* 3. §. 1. *eod.* emancipari nemo poteſt, niſi in ſervilem imaginariam cauſam deductus; alibi tamen rationem petit a familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, ſublata licet imagine ſervitutis.

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo intelligendum, quod Ulp. ſcribit, minimam cap. deminutionem ſalvo ſtatu contingere.*
2. *Non ſolum adrogatos capite minui, ſed etiam adoptatos, quamquam cum diſtinctione.*
3. *Emancipati cur capite minui dicantur: & nunnam poſt, imagine ſervitutis ſublata, capite minui deſierint.*

1 SEd ſtatus hominis) Minima capitis deminutio eſt, per quam ſalva civitate & libertate ſtatus duntaxat hominis mutatur. Ulp. *de tutel.* §. 12. Idem tamen Ulp. *l.* 1. §. *capitis* 8. *ad SC. Tertyll.* ſcribit hanc capitis deminutionem contingere, ſalvo ſtatu. Quæ videri poſſunt contradictoria. Et utique eſſent, ſi vocabulum ſtatus utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio eſt, ſi eo vocabulo, quod eſt ὁμώνυμον, non in eadem ſignificatione utrobique utatur. Ergo recte dicit, hanc capitis minutionem contingere ſalvo ſtatu, ſed ſtatu publico, quem quis ut civis habet: recte item eandem non contingere ſalvo ſtatu, ſed privato, quem quis habet in familia *l. ult. hoc tit.* In definitione autem *pr. hujus tit.* tradita, appellatione ſtatus utrumque continetur.

Qui quum ſui juris) Qui ſe adrogandum dat, manifeſte capite minuitur, quia caput ſuum in familiam & domum alienam transfert, *l. pen.* §. 2. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Liberos quoque, qui eum ſequuntur, de quo dictum § *pen. ſup. de adopt.* capite minui placet; quia & ipſi cum parente familiam mutant, *l.* 3. *pr. hoc tit.* Sed etſi filiusfam. a patre in ado- 2 ptionem detur, dicendum eſt eum capite minui, quia in alienam familiam tranſit, *l.* 4. §. *pen. de grad. & aff.* quod tamen ex conſtitutione Juſtiniani non aliter nunc contingit, quam ſi a non extraneo adoptatus ſit, de quo *ſup.* §. 2. *de adopt.* & §. *antepen. ſup. quib. mod. jus patr. pot.*

A patre emancipatus) Emancipatos capite minui, jura agnationis & familiæ perdere, patri poſt emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum eſt, ut de eo dubitari non oporteat. Cur autem emancipa- 3 ti capite minui dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l.* 3. §. 1. *hoc tit.* quia in imaginariam ſervilem cauſam deducuntur. Unde plerique contendunt, hodie ſublata in emancipationibus antiqua ſervitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. lib.* §. *præterea* 6. *ſup. quib. mod. jus pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui: non magis quam illi capite minuuntur, qui morte patris aut acceſſione dignitatis ſui juris fiunt, *l.* 3. §. *ult. de ſenat. Mac. Nov.* 81. *c.* 2. Sed verendum ne illa Pauli ratio & ipſa aliquid imaginarii habeat: certe adæquata non eſt. Nam primum conſtat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumiſſiones interveniſſe, & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur, hoc ſolo, quod familiam mutarent. Deinde ſi ſublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur, quid opus fuit, ut Anaſtaſius liberis, qui ſine iſto ritu emancipantur, jura tutelarum & ſucceſſionum nominatim conſervaret, ſi parens manumiſſor id peteret? *l.* 11. *C. de leg. her.* Poſtremo ſi jura agnationis & familiæ non amitterentur, niſi interventu imaginarii illius contractus, neceſſe non erat Juſtinianum ſpecialiter cavere, ut ii, quos dignitas patria poteſtate eximit, eadem jura integra retinerent, *d. Novell.* 81. *cap.* 2. Quamobrem potius eſt, ut a familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipſe Paulus facit *l. ult. hoc tit.* Sic igitur ſentio; etiam poſt venditiones illas ſublatas recte dici emancipatis contingere capitis deminutionem: propterea quod non minus nova, quam veteri emancipatione familiam amitterent, & pro extraneis haberentur, ut ex iis, quæ jam dicta ſunt, liquet. Ceterum jure noviſſimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in ſucceſſione, tum in tutelis penitus ſublata eſt, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. vix eſt ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri poſſit. VINN. Paulli ratio ſolida omnino videtur. Hinc quum Virgines Veſtales a pontifice caperentur: id tanquam ſingulare privilegium notat Gellius *lib.* 1. *cap.* 12. quod captæ *ſine emancipatione & ſine capitis minutione e patris poteſtate exierint.* Rationes Vinnii, quibus Paulum oppugnat, non ſunt ma-

maximi ponderis. Nam quod ad primam attinet, unius rei plures cauſſæ eſſe poſſunt. Duo poſteriora ex ipſis Anaſtaſii & Juſtiniani legibus ſolvuntur. Nam quamvis ii imaginarias venditiones ſuſtulerint: voluerunt tamen, ut emancipationes Anaſtaſiana & Juſtinianea ejuſdem cum vetere effectus eſſent: perinde ac ſi venditiones iſtæ fuerint adhibitæ. HEIN.

TEXTUS.

De ſervo manumiſſo.

4. *Servus autem manumiſſus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

NOTÆ.

4. *Servus capite non minuitur*) Servile caput nullum jus habet, *d. l.* 3. *in fin.* nullum jus, id eſt, nec familiam nec civitatem, nec libertatem: ſed demum poſt manumiſſionem hæc conſequitur.

COMMENTARIUS.

SErvile caput nullum jus habet, & ideo nec minui poteſt, inquit Paulus *l.* 3. *in fin. eod.* Quod igitur hic ait Juſtinianus, ſervum nullum caput habere, idem eſt, ac ſi diceret, ſervum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria eſſe diximus, libertatem inquam, civitatem, familiam; ad quæ tria in hoc tractatu capitis & ſtatus vocabula referuntur, quæ alioqui per ſe latius patent, & de perſona ſervili etiam prædicantur, *tit. de ſtat. hom. & ſup. de jur. perſ.*

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

5. *Quibus autem dignitas magis quam ſtatus permutatur, capite non minuuntur, & ideo a ſenatu motos capite non minui conſtat.*

COMMENTARIUS.

DIgnitas quoque appellatione ſtatus generali continetur; ideoque qui ſenatu vel alio ordine movetur, recte dicitur circa ſtatum dignitatis plecti, *l.* 5. §. 2. *de extr. cog.* ſed quia ita moti exiſtimatio duntaxat minuitur; cetera autem quæ civem proprie conſtituunt, ſalva manent, idcirco in hoc argumento dicitur capite non minui, ſed civis manere integri capitis, *l.* 3. *ff. de ſenator.*

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. ſup. tit. prox.

6. *Quod autem dictum eſt, manere cognationis jus etiam poſt capitis deminutionem, hoc ita eſt, ſi minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam ſi maxima capitis deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit, ut puta ſervitute alicujus cognati, & ne quidem ſi manumiſſus fuerit, recipit cognationem. Sed & ſi in inſulam quis deportatus ſit, cognatio ſolvitur.*

NOTÆ.

6. *Si minima capitis deminutio*) Ex. gr. ſi L. Titius patruelis meus a patre ſuo emancipatus ſit, agnationis jura amittimus, cognationis retinemus, & ideo ad mutuam ſucceſſionem ex edicto unde cognati vocamur, §. 1. *inf. de ſucc. cogn.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus ſanguinis ſeu cognationis quot modis accipiatur.*
2. *Manumiſſos non recipere cognationem ſervitute amiſſam: & beneficio Principis reſtitutos recipere.*

REdit Imp. ad id, quod in §. *ult. ſup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis ſolvi, ſicuti ſolvitur agnatio: qua occaſione oblata, ſimul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, diſſerendum putavit; docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde, ut agnationem, perimi, de minima accipiendum eſſe: maximam vero & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum* 63. §. *ſocietas* 10. *pro ſoc.* etiam intervertere jus cognationis.

Jus quoque cognationis perit) Huic loco obſtare videri poteſt, quod dicit Pomp. *l.* 8. *de reg. jur.* jura ſanguinis nullo jure civili dirimi poſſe. Sed ſciendum eſt, jura ſanguinis ſive cognationis bifariam 1
accipi; vel plane naturaliter, atque pro eo jure, in quo ſola ſanguinis conjunctio ſpectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo ſi jus ſanguinis accipias, nullo jure civili dirimi poteſt: ut ecce, jus civile efficere non poteſt, ut qui pater eſt, pater eſſe deſinat, qui frater, deſinat eſſe frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & ſororem conſiſtant. At poſteriore modo acceptum certis perſonis adimi poteſt; ut puta, poteſt jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo caſu ſuccedat, aut ad bonorum poſſeſſionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter eum, cui tribuuntur, quæ eſt naturalis cognatio: tamen quia inter cives tantum inſtituta ſunt, etiam ad jus civile ſuo modo referuntur, *l.* 17. §. 1. *de pœn.* unde fit, ut etiam civili conſtitutione, hoc eſt, capitis deminutione, perimantur; excepta tamen ea, quæ ſalva civitate contingit.

Ne quidem ſi manumiſſus) Is qui ſervus aliqua ratione factus eſt, cognationem manumiſſione non recipit, ac proinde ad bonorum poſſeſſionem unde cognati a prætore non vocatur, *l.* 1. §. 2. *l.* 7. *und. cogn. & inf. de ſerv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem ſervo imponere poteſt & jus ſuum remittere: jus autem cognationis, quod ſervitute amiſerat, ei reſtituere non poteſt. Plane qui ſervi pœnæ effecti beneficio Principis reſtituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l.* 1. §. 4. *ad Tertyll. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *de bon. poſſ. cont. tab.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Juſtinianus autem poſtea etiam libertinos ad ſimilitu-

litudinem ingenuorum ſuccedere voluit, *§.2.inf. de ſerv. cogn.* & noviſſime libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus, *Nov.*78.

Cognationem) Hoc eſt jus, quod propter cognationem, cum adhuc liber & in civitate eſſet, habebat. Ceterum ipſa cognatio aut ſanguinis conjunctio ſervitute non extinguitur; quæ idcirco etiam nuptiis poſt manumiſſionem impedimento eſt, *§. illud* 10. *ſup. de nupt.*

In inſulam deportatus) Deportati quoque jura cognationis amittunt; ſed a Principe reſtituti per omnia priſtinum ſtatum recipiunt, *§. 1. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

TEXTUS.

Ad quos Agnatos Tutela pertinet.

7. *Quum autem ad agnatos tutela pertineat, non ſimul ad omnes pertinet, ſed ad eos tantum, qui proximiore gradu ſunt; vel ſi plures ejuſdem gradus ſunt, ad omnes pertinet: veluti ſi plures fratres ſunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

NOTÆ.

7. *Cum autem ad agnatos*) Ex Cajo *l.9.D.de leg.tut.*

Ad omnes) Ita tamen, ut uni decerni poſſit adminiſtratio, *l. 5. §.2. D. de leg.tut.*

COMMENTARIUS.

Qui proximiore gradu) Æquum enim eſt, ut illi onus tutelæ ſubeant, qui & ad ſucceſſionem vocantur, vocantur autem ſoli agnati proximi, *inf. de leg. agn. ſucc.*

Ad omnes pertinet) Si plures ſint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.8. & l. 9. de leg. tut.* nempe quia ad hæreditatem omnes ſimul admittuntur, *§. 5. inf. de leg. agn. ſucc.* Quid ergo ſi aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui ſint, vel capite minuti? Et quidem quamdiu unus adhuc ſupereſt, & in familia eſt, tutela penes eum remanet, per *l.3. §. 5. de leg. tut.* Ceterum ſi omnes deceſſerint, vel capite minuti ſint, ſequentes in tutelæ adminiſtrationem ſuccedunt, *d. l.3. §. pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat a legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat ſucceſſionem non eſſe, hoc eſt, ſi proximi defeciſſent, in ſequentium gradum non admitti, *§.placebat 7. inf. d.tit.* Enimvero nec in tutela ſemper admittitur ſucceſſio: nam ſi proximus vel excuſatus ſit, vel remotus, ſequentes non ſuccedunt: ſed in locum abeuntis alius a magiſtratu datur, *arg. d. l.3. §. quæri* 8. Idem dicendum videtur & ſi proximus idoneus non ſit ad tutelam gerendam, *arg.§.pen.inf.de curat.l. non ſolum* 10.*§.ſi libertus 7.de excuſ.* quaſi hic proximus gradus adhuc ſuperſit. Noviſſima Juſtiniani conſtitutione legitima tutela cognatis juxta defertur, ac agnatis, *Nov.* 118. *c.* 5. Ut Platonis quoque lege cautum, ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένει πρὸς πατρὸς καὶ μητρός. *l.11. de legib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Lib. 26. D. Tit. 4. Cod. lib. 5. Tit. 30.

Continuatio.

Ex quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam diſtribuimus, primum explicatum eſt, tutela agnatorum: alterum nunc ſequitur, patronorum, qui & ipſi proprie legitimi tutores ſunt ex ratione & mente legis 12. tabb. *l.1.l.3.de leg.tut.*junct.*l.6.§.1.de verb.ſign.*

TEXTUS.

Ex ratione L. 12. Tabb. quæ tutelas agnatis idcirco defert, quia hæredes ab inteſtato ſunt; inductum eſt, ut patroni libertorum ſuorum tutelam ſuſciperent, quæ ideo legitima dicitur. l. 3. D. de legit. tut.

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos liberoſque eorum pertinet, quæ & ipſa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur: ſed quia perinde accepta eſt per interpretationem, ac ſi verbis legis introducta eſſet. Eo enim ipſo, quod hæreditates libertorum libertarumque, ſi inteſtati deceſſiſſent, juſſerat lex ad patronos, liberoſve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluiſſe legem etiam tutelas ad eos pertinere: quum & agnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eoſdem & tutores eſſe juſſerit: quia plerumque ubi ſucceſſionis eſt emolumentum, ibi & tutela onus eſſe debet. Ideo autem diximus, plerumque: quia ſi fœmina impubes manu-

numittatur, ipſa ad hæreditatem vocatur, quum alius ſit tutor.

Commentarius.

N*On quia nominatim*) Lege 12. tabb. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & diſertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, ſed per conſequentias hæreditatium, quæ ex ipſa lege patronis datæ ſunt, *l.* 3. *pr. de leg. tut.* Ulp. *de tutel.* §. 2.

Per interpretationem) Prudentum ſcilicet, quibus permiſſum erat leges publice interpretari, & conſulentibus de jure reſpondere, §. *reſponſa prudentum* 8. *ſup. de jur. nat. gent. & civil. l.* 2. §. *his legib.* 5. *de orig. jur.*

Perinde accepta eſt) Verbum *ex legibus*, ait Ulpian. ſic accipiendum eſt, *tam ex legum ſententia, quam ex verbis. l.* 6. §. 1. *de verb. ſign.* & Celſus, *Scire leges*, inquit, *non eſt verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem, l. ſcire* 17. *de legib.*

Ubi ſucceſſionis eſt emolumentum) Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum a lege vocari, quia vocantur ad eorum inteſtatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non aliam ob cauſam tutela agnatis delata fuit, quam quod & ipſos ad hæreditatem lex vocaſſet, *l.* 1. *de leg. tut.* Recte & naturæ juri convenienter: quo comparatum eſt, ut incommoda cujuſque rei eum ſequantur, quem ſequuntur commoda, *l.* 10. *de reg. jur. l. un.* §. *pro ſecundo* 4. C. *de cad. toll.*

A fœmina manumittatur) Interdum alibi eſt hæreditas, alibi tutela: quod fit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non ſunt idonei ad tutelam adminiſtrandam; ut puta ſi fœmina manumiſerit, aut conſanguinea ſit pupillo, *d. l.* 1. §. 1. quippe tutela virile munus eſt, *l.* 16. *l. ult. de tutel. l.* 2. *de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum ſuorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad ſecundas nuptias tranſeant, ea tamen conditione, ut inter geſta Senatuſconſulti Vellejani auxilio renuntient, *auth. matri & aviæ cum auth. ſeq. C. quant. mul. off. tut.*

Titulus Decimusoctavus.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Textus.

Exemplo patronorum recepta eſt & alia tutela, quæ & ipſa legitima vocatur: nam ſi quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio & deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

Commentarius.

Tertia ſpecies tutelæ legitimæ parentum eſt, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt; id quod ex conſtitutione Juſtiniani ſemper fieri intelligitur, §. *ult. de leg. agn. ſucc. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad §. *præterea* 6. *ſup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis 12. tabb. introducta eſt quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad ſucceſſionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad ſucceſſionem liberorum emancipatorum, unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam ſed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel.* §. 4. Ceterum quia ad ſimilitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta eſt, eo quod parens, qui filium manumittit, patroni perſonam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum *l.* 1. *ſi a par. quis man.* hæreditatem vocatur: *l.* 10. *de ſuis & legit. l.* 2. *C. ad ſen. Tert.* §. *ult. inf. de leg. agn. ſucc.* obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur, quam fiduciaria; quaſi & ipſa ad rationem legis duodecim tabb. pertineret, quam etiam ob cauſam parens manumiſſor vicem dicitur legitimi tutoris ſuſtinere, *l.* 3. *in fin. de leg. tut.*

Titulus Decimusnonus.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Textus.

Filiifam. a patre manumiſſi pater tutor eſt legitimus: eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius exiſtit.

Eſt & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam ſi parens filium, vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumiſerit, legitimam nanciſcitur eorum tutelam. Quo defuncto, ſi liberi ejus virilis ſexus exiſtant, fiduciarii tutores filiorum ſuorum, vel fratris, vel ſororis, vel ceterorum efficiuntur. Atque patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi ſunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, ſi non eſſet a vivo patre emancipatus, poſt obitum ejus ſui juris efficeretur,

nec

nec in fratrum poteſtatem recideret, ideoque nec in tutelam: libertus autem ſi ſervus manſiſſet, utique eodem jure apud liberos domini poſt mortem ejus futurus eſſet. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, ſi perfectæ ſint ætatis: quod noſtra conſtitutio in omnibus tutelis & curationibus obſervari generaliter præcepit.

NOTÆ.

Filiorum ſuorum) Igitur & pater filii ſui ab avo emancipati, contra quam exiſtimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cum ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, non tranſeat, *l.* 1. §. 1. *ſi a par. man.* nec tutela, cui jus illud cauſam dedit, tranſire poteſt, conſule Bach. hic.

Si perfectæ ſint ætatis) Vid. Bachov. ad §. 13. *inſ. de excuſat. Tutor.*

COMMENTARIUS.

GEnerali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi ſumus, *ſup. de leg. agn. tut.* quia & ipſa vicem quadantenus legitimæ ſuſtinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipſo jure tutores fiunt & excludunt Atilianos: unde & permixte iiſdem locis, quibus de legitimis tutoribus diſputatur etiam de fiduciariis quæritur, ut *hic & in Pand. l.* 4. Ceterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri poteſt ad legem duodecim tabularum, ideo non legitima, ſed peculiari nomine fiduciaria appellata eſt: haud dubie per abuſionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui ſoli id proprie convenit, non valuiſſet, ad liberos ejus, quaſi hæreditarium translatum eſt, inopia alterius nominis, ut recte conjicit D. Hotom. VINN. Proprie fiduciaria tutela fuit, quam *per ſimilitudinem patroni* ſuſcipiebat pater naturalis, qui remancipatum ſibi ab emtore filium manumiſerat. Ulp. *tit.* 11. §. 5. Adeoque hoc nomen ei tutelæ competebat, quam ſuperiore titulo *legitimam parentum tutelam* vocat Juſtinianus. Et ſane, quum contractus fiduciæ inter patrem naturalem & fiduciarium intercederet: vix excogitari poteſt ratio, cur fratrum potius tutela, quam parentum, vocanda ſit *fiduciaria*. Ceterum hæc tutela non minus ex interpretatione legis XII. tabularum fluit, quam illa. Pater enim emancipans veluti patronus eſt, ergo frater emancipati patroni filius. Ergo ad eumdem, mortuo patre, tutela pertinet. HEIN.

Filiorum ſuorum, vel fratris, vel ſororis, vel ceterorum) Obſervandum hic eſt, tres fiduciariæ tutelæ quaſi gradus a Juſtiniano poni, quorum primus eſt filiorum; alter fratris vel ſororis; tertius ceterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre ſuo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores ſunt: ſed etiam ipſe pater filii ſui, ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus, ut avus, ſed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Mynſ. exiſtimant. Cur autem ne hic quidem legitimus ſit, mox intelligetur.

Atqui patrono) Πρόληψις. Videri enim poterat dicendum eſſe, hoſce omnes eſſe tutores legitimos, exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc diſſimile eſt. Nam lex duodecim tabb. non modo patronos; verum etiam liberos eorum ad legitimam ſucceſſionem libertorum vocat, & conſequenter etiam ad tutelam, eadem videlicet ratione, qua vocantur patroni. Pater autem aut frater filii ſui aut fratris ab avo vel patre emancipati legitimi hæredes non ſunt: nec igitur legitimi tutores, *l.* 1. *unde legit. l.* 5. *unde cogn.* Atque hæc ratio generalis eſt, pertinens ad omnes perſonas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Juſtinianus.

Quoniam filius quidem) His verbis occurritur propoſitæ objectioni. Ratio autem diverſi juris, quam hic Juſtinianus affert, particularis eſt, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos ſi emancipatus non fuiſſet, poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui in poteſtate retenti recidiſſet; ideoque ex ratione Juſtiniani etiam in legitimam patris ſui tutelam poſt mortem avi recidere debet. Niſi dicamus, in eo adhuc differentiam eſſe, quod ad liberos patroni jus patronatus jure hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud ſequitur; prorſus ut libertus, ſi ſervus manſiſſet, poſt mortem domini in poteſtatem liberorum ejus hæreditate perveniſſet. At liberi non jure ſucceſſionis, ſed proprio patris jure in poteſtatem recidunt; quippe qui & exhæredatus eandem poteſtatem retineat: neque ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, tranſit, *per l.* 1. §. *pen. ſi a par. quis man.* ut mirum non ſit eum non ſuccedere in tutelam, qui non ſuccedit in jus patroni, aut in poteſtatem, quæ tutelæ cauſam dedit. Recte autem hic notant interpp. fiduciarios tutores eſſe deſiiſſe, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anaſtaſio vocati ſunt, *l.* 4. *C. de legit. tut.* Maxime vero jure noviſſimo, quo juris agnatici & cognatici diſcrimen hac in parte penitus ſublatum eſt, *Novell.* 118. *cap.* 4. & 5.

Nec in tutelam) Subaudi, *legitimam emancipatus recidit*. Alioqui perſpicue falſum eſſet: nam ex fratribus in poteſtate retentis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ eſt, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat, totum hoc adventitium eſſe atque a gloſſatore annotatum.

Perfectæ ætatis) *l. ult.* §. 4. *C. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *l.* 1. §. 2. *de min. l.* 4. *&* 8. *de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius, & Pacius exſcripſit, olim ita jus fuiſſe, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falſa eſſe oſtendimus *inf. de excuſ.* §. *item major.* 13.

Titulus Vigesimus.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. Tit. 5. C. Lib. 5. Tit. 34. & 36.

Continuatio, & ſumma tituli.

PRogreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ ſpeciem, nempe dativam ſive Atilianam, cujus poſtrema ratio eſt; docetque quibus ex legibus, a quo magiſtratu, & quando tutores dentur. Poſtremo nonnihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in univerſum pertinet.

Textus.

Jus antiquum, ſi nullus ſit tutor.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem a Prætore Urbano & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia; in provinciis vero a præſidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

Notæ.

Ex Lege Atilia) Duo hic notanda. 1. jus dandi tutores, non competere magiſtratui vi ſuæ juriſdictionis, ſed ex ſpeciali legis conceſſione, *l. 6. §. 2. D. de tutel.* 2. Lege Atilia ſublatum in hac cauſa fuiſſe jus intercedendi collegarum. Hotom.

Lege Julia & Titia) Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia, at quando aut a quibus lata ſit, parum conſtat. Vinn. Immo conſtat ſatis, eam legem latam eſſe anno U. C. 722. Cæſare Aug. III. & M. Titio Coſſ. Vid. H. Valeſ. *ad Excerpta Peireſc. p. 61.* Atilianam contra anno 443. a L. Atilio Regulo, tribuno plebis; (vid. Liv. *lib.* IX. *cap.* 30.) latam eſſe, demonſtravimus in *Antiqu. Rom. l. 1. §. 9.* Hein.

Commentarius.

NUllus omnino) Neque teſtamentarius, neque legitimus, aut qui ſub illis continentur, a magiſtratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc ſpecies ex duabus ſummis, quæ locum Atiliano tutori faciunt, prima eſt. Altera eſt in §. 1. *hujus ejuſdem tituli*. Duæ autem cauſæ in hoc principio indicantur, quas ad conſtitutionem hujus tutelæ concurrere oportet; una eſt remotior, nimirum leges Atilia, Julia & Titia, quæ quando aut a quibus latæ, parum conſtat; altera propinqua eſt, videlicet factum magiſtratus, cui ex iſtis legibus jus dandi tutores competit, ut in urbe prætori cum tribunis plebis; in provinciis præſidibus earum. Unde diſcimus eos ſolos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua conceſſum eſt, *l. 6. §. 2. de tutel.*

Majore parte tribunorum) Id eſt, ſex: erant enim decem, *l. 2. §. 34. de orig. jur.* Liv. *lib.* III. *cap.* 30. Halicarn. *lib.* VI. hoc autem non ſic accipiendum eſt, quaſi prætor una cum ſex tribunis quem vellet tutorem dederit; ſed quod cum omnes tribuni adhiberentur, ex ſententia tamen majoris partis tutor creandus eſſet, ſublato in hac cauſa jure intercedendi collegarum; cum alioqui vel unius e collegiis interceſſione impediri potuiſſet, quod ceteri decreviſſent, ut recte hic monet D. Hotom. & paſſim teſtatur Livius.

Textus.

Si ſpes ſit futuri tutoris Teſtamentarii.

1. *Sed etſi in teſtamento tutor ſub conditione, aut ex die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iiſdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item ſi pure datus fuerat, quamdiu ex teſtamento nemo heres exiſtebat, tamdiu ex eiſdem legibus tutor petendus erat, qui deſinebat eſſe tutor, ſi conditio extiterat, aut dies venerat, aut heres extiterat.*

Commentarius.

1. *Tutor ex certo die teſtamento datus cur ſtatim non ſit tutor.*
2. *Cur placeat teſtamentariam tutelam in ſuſpenſo eſſe, quamdiu nemo heres ex teſtamento exiſtit.*
3. *Quibus caſibus accidat ut inter mortem teſtatoris & aditionem hereditatis pluſculum temporis intercedat.*
4. *Aliquando etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem a magiſtratu dandum.*

HIc alter caſus proponitur, quo tutor a magiſtratu datur, nempe ſi is, qui teſtamento datus eſt, impediatur, quo minus in præſentia tutelam capeſſat. Sic enim in univerſum jus eſt, ut quamdiu ſperatur tutela teſtamentaria, legitima ceſſet, *l. 11. de teſt. tut.* Impedimenta hæc quatuor ex cauſis potiſſimum oriuntur: vel quod tutor teſtamento datus ſit ſub conditione, vel quod ex certo die; vel quod hæres inſtitutus aditionem hæreditatis protrahat; vel denique quod qui teſtamento datus eſt, ab hoſtibus captus ſit, de quo §. *ſeq.*

Sub conditione aut ex certo die) Ex d. l. 11. *de teſt. tut.* De conditione res certa eſt: quippe quæ actus omnes ſuſpendit, §. 4. *inf. de verb. obl.* Dies quoque incertus pro conditione eſt, *l. 1. §. 2. l. dies 75. de cond. & dem.*
1 De certo die juſta eſſe poterat dubitandi ratio. Nam ſicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominus quod promiſſum eſt, præſenti die debeatur; §. 2. *inf. de verb. obl.* ita & tutor ex die datus videri poterat ſtatim tutor eſſe, ut jam alius tutor dari non poſſet, propter regulam traditam §. *pen. inf. de curat.* Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur, ut dicamus eum tutorem eſſe, in quem nihil juris ante diem teſtator collatum voluit.

2 *Nemo hæres exiſtebat*) Hoc idem traditur *in l. 10. pr. de teſt. tut.* & ratio eſt, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in ſuſpenſo ſunt omnia, quæ in teſtamento ſcripta ſunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur, ita ea non adita una cum
3 teſtamento corruunt, *l. 9. d. tit.* Poteſt autem fieri, ut inter mortem teſtatoris & aditionem hæreditatis pluſculum temporis intercedat, vel quod hæres ſub conditione inſtitutus ſit, vel quod diebus cretionum aut jure deliberandi utatur. Ceterum hæc ad eum duntaxat caſum referri poſſe videntur, quo confirmatio teſtamenti pendet ab aditione hæredis inſtituti. Nam ſi filium impuberem, quem in poteſtate pater habet, tutore dato ſimul hæredem inſtituit, is ut ſuus hæres & neceſſarius ipſo jure hæreditatem capit, §. 2. *inf. de hær. qual.* Atque ut ſtatim poſt mortem patris & ipſo jure hæres exiſtit, ita & tutela hoc ipſo ſtatim confirmatur; cum, ut Jo. Faber loquitur, ſuitas pro aditione ſit, *l. 14. de ſuis & leg.* quod latius proſequitur Ant. Fab. *Juriſpr. tit. qui teſt. tut. pr. 1. ill. 18.* At finge, patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato extraneum hæredem inſtituiſſe, dum hæres de adeunda hæreditate deliberat, alius interim tutor a magiſtratu petendus erit. Idem dicendum eſt, ſi pater filio emancipato ſive exhæredato ſive præterito tutorem dederit; nam & confirmandus pro teſtamentario eſt. Neceſſe eſt autem prius teſtamentum confirmari aditione hæredis, quam a prætore confirmetur, qui tu-
4 tor datus eſt. Sed &, ſi pater filio emancipato hæredi inſtituto, aut mater liberis, aut extranei extraneis item hæredibus inſtitutis tutorem dederint, adhuc a magiſtratu tutor dandus eſt ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis eſt, *l. 9. de tut. dat. l. 19. de auct. tut. l. 17. §. 1. de appell.* Verum hujuſmodi ſpecies non videtur ad propoſitum pertinere, propterea quod Juſtinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, ſed ſimpliciter dando.

Qui deſinebat eſſe tutor) Pertinet hoc ad modos, quibus finitur tutela Atiliana, de quibus agitur in §. 2. *& pen. inf. quib. mod. tut. finitur.*

T E X T U S.

Si tutor ab hoſtibus ſit captus.

2. *Ab hoſtibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur: qui deſinebat eſſe tutor, ſi is, qui captus erat, in civitatem reverſus fuerat. Nam reverſus recipiebat tutelam jure poſtliminii.*

C O M M E N T A R I U S.

Ab hoſtibus capto) Idemque erat, ſi tutor legitimus apud hoſtes eſſet, *l. 1. §. 2. de leg. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris redituri, quo plenius pupillo proſpiceretur, tutorem potius, quam curatorem, dari placuit, *arg. l. 17. §. 1. de appell.*

Recipiebat tutelam) At quid ſi tutor captus apud hoſtes deceſſerit? Legitimus nimirum, hoc eſt, agnatus proximus tutelam, in prætorio tutore finitam, excipiet, *arg. l. 9. §. 2. de tut. & rat. diſtr. l. 11. §. 3. de teſt. tut.* Qua ratione dicendum eſt, etiam legitimo tutore capto atque apud hoſtes mortuo, eum, qui interim a magiſtratu datus erat, tutorem eſſe deſinere, atque ad inſequentis gradus agnatos tutelam reverti.

T E X T U S.

Quando & cur deſierint ex dictis Legibus tutores dari.

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis deſierunt dari, poſteaquam primo conſules pupillis utriuſque ſexus tutores ex inquiſitione dare cœperunt, deinde prætores ex conſtitutionibus. Nam ſupradictis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem pupillis ſalvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem, quicquam cavebatur.*

N O T Æ.

3. *Primo conſules*) Quod a Claudio Cæſare inſtitutum tradit Suet. *cap.* 23. Plin. 1x. *ep.* 13. datum ſe a conſulibus tutorem Helvidii filiæ.

Ex inquiſitione) Apud Theoph. vulgo legitur κατα *juriſdictionem*, ad quem modum etiam Hotom. locum emendat; ſed perperam, & in MSS. Th. eſt κατα ινκυιζιτιονα, teſte Fabrot.

Prætores) Scil. ſoli, abſque tribunis. Prætorem tutelarem primus fecit M. Antoninus Philoſ. Capitolinus in *ejus vita*, *cap.* 10.

Neque de cautione) Vid. *inf. de ſatiſd. tut. pr. & §. 3.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quæ ſit ratio cogendi tutores ad tutelam capeſſendam.*

Primo conſules) Primus Imp. Claudius, auctore Tranquillo, ſanxit, ut pupillis extra ordinem a
1 conſulibus tutores darentur. Quod jus videntur conſules aliquando etiam uſurpaſſe, cum jam tutorum creatio ad curam prætoris potiſſime pertineret, arguit certe id locus Modeſtini in *l. 1. §. 1. de confirm. tut.* in verbis ἐκ τῆς του ὑπατικῆς ἐξουσίας.

Ex inquiſitione) D. Hotom. reponit, *ex juriſdictione* quomodo etiam legiſſe videtur Theophilus; qui vertit κατα *juriſdictionem*. Et ſane probabile non eſt, antea temere & ſine ulla inquiſitione tutores dari potuiſſe, quanquam neceſſe non eſt textum ob id mutare: nam fortaſſis conſtitutionibus demum ratio inquirendi certa defi-

definita eſt. Diſcimus autem ex Modeſtino, quatuor potiſſimum in rebus eam conſiſtere, ut inquiratur, tutor creandus ſitne vitæ frugi, & honeſtis moribus? ſitne locuples? num ſe ingerere voluerit, ut crearetur? denique num pecunia data tutelam ambierit? *l. ſcire oportet. 21. §. ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex conſtitutionibus) Jul. Capitolinus *cap.* 10. hoc tribuit M. Antonino Philoſopho; *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cum ante tutores a conſulibus poſcerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur.* Atque hic iterum obſervandum, neque conſules neque prætores vi imperii aut magiſtratus ſui jus dandi tutores habuiſſe, ſed tum demum habere cœpiſſe, poſtquam id iis ſpecialiter datum eſt conſtitutionibus Principum.

Nam ſupradictis legibus) Duplicem cauſam affert, cur tandem ex legibus Atilia, Julia & Titia tutores amplius dari non placuerit: una eſt, quia iſtis legibus nihil cavebatur de ſatiſdatione a tutoribus exigenda, rem pupilli ſalvam fore; altera, quia nihil definiebatur de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem, quod utrumque factum eſt conſtitutionibus. Neutrum autem proprium eſt hujus generis tutorum: nam cautio vel maxime ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de ſatiſd. tut.*
1 Coactio vero omnium tutorum communis eſt. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoriis, videlicet multæ dictione, aut captis pignoribus, *l. 1. de adm. tut. l. 3. C. de ſuſp. tut. l. 9. de mun. & hon. §. pen. inf. de ſatiſd. tut.* Noſtris moribus certo loco addici ſolent; cauponæ ſive diverſorio, quæ forma compellendi & exequendi *Fyſelinge* vocatur, & apud nos uſitata eſt in præſtatione facti, vid. *art. 31. ord. juſt. & art. 14. cum 2. ſeq. amp. Inſt. cur.* Compelli tamen & alia paratæ ſive præſentaneæ executionis via poſſunt, ſi hoc conſultius videbitur, *art. 11. ſtatut. Rhynland.*

TEXTUS.

Jus Novum.

4. *Sed hoc Jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor ſecundum ſuam Juriſdictionem, in Provinciis autem præſides ex inquiſitione tutores crearent, vel magiſtratus juſſu præſidum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates.*

NOTÆ.

4. *Secundum ſuam Juriſdictionem*) Prætoris imperium muris urbis definiebatur, præfecti urbis uſque ad centeſimum lapidem, *l. 1. §. 1. de off. præf. urb.*

Præſides) Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non ſoli legati Cæſaris, *l. 1. D. de off. præſ.* junct. *l. 1. D. de tut. dat.*

Ex inquiſitione) Quæ quibus in rebus conſiſtat, docet Modeſt. *l. 21. §. pen. & ult. de tut. dat.*

Magiſtratus) Intellige municipales, *l. 3. d. tit. l. 2. §. 23. D. ad ſen. Tertyll.* Græci στρατηγοὺς appellant. Theoph. & Baſil.

COMMENTARIUS.

1. *Jure magiſtratus quæ competere dicantur, & quæ ſpecialiter tributa.*
2. *Ea quæ jure magiſtratus competunt, mandata juriſdictione tranſire, ſpecialiter conceſſa non item.*
3. *Vocabulo juriſdictionis late ſumpto etiam ea, quæ ſpecialiter tribuuntur, non abſurde eo referri.*

P*Ræfectus urbi*) Qua primum lege tutoris dandi poteſtas præfecto urbis data ſit, non memini legiſſe: datam tamen conſtat, *l. Titius. 45. §. Romæ. 3. de excuſ. l. 1. C. de tut. illuſtr.* Olim hic magiſtratus juri dicundo conſtituebatur ad tempus, regibus aut magiſtratibus urbe profectis. Poſt cœpit conſtitui ad paucos dies tantum, quoad ſolemne ſacrum feriarum Latinarum peractum eſſet. Primus Auguſtus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teſte Tacito VI. *annal. cap.* 10. 11. Auxit deinde poteſtatem præfecti Divus Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, ſed etiam in Italia, uſque ad centeſimum ab urbe lapidem, *l. 1. de off. præf. urb.* Conſulatur Gruch. 2. *de comit.* 2. VINN. Immo jam ab Auguſti temporibus cognitio aliqua de criminibus penes præfectum prætorio fuiſſe videtur. Id enim velle puto Tacitum, *l. c.* verbis: *qui coerceret ſervitia, & quod civium audacia turbidum, niſi vim metuat.* Mox pleraque crimina a præfecto urbi vindicata, Idem enim Tacitus *lib.* XIV. *Annal. c.* 41. auctor eſt, Valerium Ponticum *ignominia relegationis adfectum. quod reos, ne apud præfectum urbi arguerentur, ad prætorem detuliſſet.* Conf. Tacit. *Hiſt. lib.* 11. *cap.* 63. *ſequ.* Doſith. *Epiſt. Hadr. cap.* 7. Unde Severus territorium tantum hujus juriſdictionis ad centeſimum ab urbe lapidem protuliſſe videtur. HEIN.

Secundum juriſdictionem) Quod ſemel atque iterum in tranſitu diximus, tutoris dationem magiſtratui non competere jure ſui magiſtratus, aut vi juriſdictionis, quam habet: ſed ex ſpeciali conceſſione vel legis vel Principis; id operæ pretium eſt explicatius conſiderari: ita enim plane intelligimus, quid his verbis, *ſecundum juriſdictionem ſuam*, Juſtinianus ſignificet, & ſimul, utrum mandata juriſdictione, jus dandi tutores tranſeat, nec ne? Jure magiſtratus competere proprie 1
dicuntur, quæ quiſque magiſtratus ex natura officii ſui habet, ſive ob id, quod propterea initio creatus eſt. Igitur quæ prætor habet, ut prætor, præſes, ut præſes, &c. jure ſui magiſtratus habere dicuntur. Verbi cauſa, prætor initio conſtitutus eſt ad hoc; ut in urbe juri dicundo præeſſet, *l. 2. §. cumque conſules. 27. de orig. jur.* Prætori igitur jure magiſtratus ſui competit juriſdictio, & imperium, quod juriſdictioni cohæret, in cauſis, de quibus, & inter perſonas, quibus jus reddere juſſus eſt. His opponuntur quæ ſpecialiter lege aliqua vel conſtitutione magiſtratui poſtea tributa ſunt, *l. 1. de off. ejus cui mand.* Cujuſmodi eſt imperium, quod dicitur merum, *d. l. 1.* item actiones legis, quæ in ſpecie ſic appellantur, ut adoptio; emancipatio, manumiſſio, *Arg. l. 2. & 3. de off. proconſ. l. 1. de off. jur. d. l. 1. C. de adopt.* Paul. 11. *ſent.* 25. atque hujus quoque generis eſt tutoris datio, *l. 6. §. 2. de tutel.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantum ea dici, quæ in cauſis ſingulis ſpecialiter ſingulis conceduntur, puta

Titio aut Mævio: ſed etiam quæ in univerſum tribuuntur, & ſub nomine officii, puta prætori, præſi-
2 di &c. Quæ jure magiſtratus competunt, natura ſua inſunt juriſdictioni, & ideo mandata juriſdictione tranſeunt; quæ autem ſpecialiter magiſtratui conceſſa ſunt, non tranſeunt: quia ea non ex natura officii ſui habet, ſed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & juriſdictionem magiſtratus, cui tributa ſunt, neceſſario non pertinet. *l.* 1. *de off. ejus cui mand. l.* 8. *de tut. & cur. dat. d. l.* 2. *&* 3. *de off. proconſ.* Ceterum ſi latius verbum juriſdictionis, aut hæc verba, *jure magi-*
4 *ſtratus*, accipias etiam ea, quæ ita, uti diximus, magiſtratui ſpecialiter conceſſa ſunt, ad officium ejus aut juriſdictionem pertinere, haud abſurde dixeris, *arg. l.* 1. *de juriſd. l.* 3. *pr. de poſtul. l.* 3. §. 5. *jud. ſolv. d. l.* 2. §. 1. *de off. proconſ.* utique acceſſione novæ auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum eſt. In latiori
3 autem hac ſignificatione accipiendum, quod hic dicitur, *ſecundum juriſdictionem*, quanquam hæc verba & aliam interpretationem ſatis commodam admittunt, nimirum ut intelligamus, prætorem non alio in loco tutorem dare poſſe, quam in quo juriſdictionem habet, neque aliis perſonis, quam quæ juriſdictioni ejus ſubjectæ ſunt, per *l.* 1. *in fin. l.* 3. *de tut. dat. l. ult. de juriſd.* ut *ſecundum juriſdictionem ſuam* idem valeat, quod *ſecundum territorium juriſdictionis ſuæ:* puta Romæ duntaxat, aut in vicinis urbi municipiis, *arg. l.* 5. *de confirm. tut.* D. Tuſden. *hic c.* 3. poſt Mynſ. & alios.

Præſides) Generali nomine præſidis & proconſul & præfectus Ægypti, omneſque, qui provincias regunt, appellantur, *l.* 1. *de off. præf.* quibus item omnibus tutores dare permiſſum eſt, *l.* 1. *de tut. & cur. dat.* Specialiter autem præſides dicuntur, qui alias legati Cæſaris, *l. pen. ff. de off. præf.* nimirum qui mittebantur in provincias Principis, ſeu eas, quas Principes ſibi reſervaverant. De quo vid. Dion. *lib.* LIII. Sueton. *in Aug. c.* 47.

Magiſtratus juſſu præſidum) Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi vi hujus juſſus aut mandati magiſtratus municipales tutores dare potuerint, (nam iis quoque hoc jus ſpecialiter datum eſt, *l.* 3. *de tut. dat.*) ſed ideo dicitur, quia non ante hoc jus uſurpare poterant, quam rem ad præſidem, cujus primæ partes erant, detuliſſent, iſque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, nec magnæ eſſent pupilli facultates, ad eos remiſiſſet. *l.* 1. §. *ſi præſes.* 3. *&* §. *ſi curatores.* 5. *de mag. conv.* Nec admodum diſſimile eſt exemplum legati proconſulis, qui mandata demum a proconſule juriſdictione tutorem dare poteſt, *l.* 13. junct. *l. pen. de off. proconſ.* nec tamen propter mandatam juriſdictionem, ſed quia id ei ſpecialiter datum eſt oratione Divi Marci, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere poſſit, poſtquam ei mandata eſt juriſdictio; ut illa juriſdictionis delegatio tantum ſit neceſſarium antecedens & cauſa ſine qua non. Vinn. Mandati non poterat tutoris datio. Diſerte enim Ulpianus *l.* 8. *ff. de tut. & cur. dat. Nec mandante præſide alius tutorem dare poteſt*. Unde recte Vinnius ait, ſuo proprio jure magiſtratus municipales tutores dediſſe, quia id illis conceſſum oratione D. Marci *l.* 3. *ff. eod.* at non ſimpliciter, ſed ſi a præſide tutorem dare juſſi ſint. Rem omnem præclare expoſuit V. C. Ger. Nood. *de juriſd. lib.* II. *cap.* 8. *p.* 117. Hein.

Textus.

Jus Noviſſimum.

5. *Nos autem per conſtitutionem noſtram hujuſmodi difficultates hominum reſecantes, nec exſpectata juſſione præſidum, diſpoſuimus, ſi facultates pupilli vel adulti uſque ad quingentos ſolidos valeant, defenſores civitatum una cum ejuſdem civitatis religioſiſſimo antiſtite, vel alias perſonas publicas, id eſt, magiſtratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela ſecundum ejuſdem conſtitutionis normam præſtanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

Notæ.

5. *Conſtitutionem*) Intelligit *l.* 30. *C. de Epiſc. aud.*

Quingentos ſolidos) Quod ſi pupilli majores ſint quingentenariis, a præſidibus dabitur tutor.

Defenſores civitatum) De defenſoribus civitatum vid. *lib.* 1. *C. tit.* 55. *Novell.* 15. περι των εκδικων. Alc. 3. *diſp.* 5.

Religioſiſſimo antiſtite) Ευλαβεςατῳ επισκοπῳ. Th. in conſtitutione. θεοφιλεςατῳ, *Deo cariſſimo.*

Juridicum) Cui enim olim data eſt legis actio, & jus tutores dandi, *l.* 1. §. 2. *D. de off. jurid.* δικαιοδοτης exponitur in Baſil.

Commentarius.

Quod jure veteri obtinebat, ut magiſtratus municipales non aliter recte tutores crearent, quam ſi id facere a præſide juſſi aut moniti eſſent, id ex parte a Juſtiniano mutatum eſt, conſtitutumque, ut ſi pupilli facultates non excedant ſummam 500. ſolidorum, liceat magiſtratibus una cum civitatis epiſcopo tutores creare, præſidis juſſu non exſpectato. *l. ſancimus.* 30. *C. de epiſc. aud.* Ergo ſi majores ſint pupilli facultates, juſſus præſidis, ut ante, expectandus erit.

Quingentos ſolidos) Solidum idem eſſe, quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque ſeſtertios. Ergo quingenti aurei ſive ſolidi efficiunt quinquaginta HS. millia; noſtræ monetæ Carolenos bis mille quingentos. Vid. Briſſon. & Hotoman. *in comm. de verb. ſign.* ex profeſſo autem hanc rem tractant Budæus *de aſſe*, & idem Hotom. *de re nummaria*.

Vel alias publicas perſonas) Id eſt, magiſtratus; quos ſingulæ civitates more ſuo atque inſtituto habent. Cujacius ſcribit, conſtitutionem Juſtiniani exigere, ut legamus, *vel aliis publicis perſonis vel magiſtratibus.*

Juridicum Alexandrinæ civitatis) Cui etiam jam ante jus tutores dandi conſtitutione D. Marci datum fuit, *l.* 2. *de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l.* 1. *eod. tit.*

Eorum periculo) Magiſtratuum nimirum minorum, quorum jam facta eſt mentio. Hi enim ut ſatiſdationem exigebant, ita & pupillis in ſubſidium tenebantur,

tur, *tit. de mag. conv.* §. 52. & *ult. inſ. de ſatiſd. tut.* quod nunc fere abiit in deſuetudinem, ut illic notamus.

TEXTUS.

Ratio Tutelæ.

6. *Impuberes autem in tutela eſſe, naturali juri conveniens eſt: ut is, qui perfectæ ætatis non ſit, alterius tutela regatur.*

NOTÆ.

6. *Juri naturæ*) Tutela ortum à jure naturali ſumpſit, quippe cui juri omnino conſentaneum, ut alterius prudentia regatur, qui ipſe ſe defendere non poteſt, Cic. 1. *de off. cap.* 34. incrementum autem & formam a jure civili.

COMMENTARIUS.

Tutela ex eorum numero eſt, quæ in genere & quaſi in abſtracto conſiderata ſunt juris gentium in ſpecie & in concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inſcitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio conſtituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens eſt, Cic. 1. *de off. cap.* 34. Ariſt. 1. *pol.* quod & apud omnes gentes procul dubio obſervatur. At forma regendi, qualitas perſonæ tutoris, ejuſque conſtituendi modus, poteſtatis, quam habet, circumſcriptio, hæc omnia ſunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfectæ ætatis non ſit) In calce §. *ult. præc. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ eſt annorum 25. Hic autem pinguius, non eſſe perfectæ ætatis, accipitur pro, non eſſe puberem, quanquam etiam ad puberes minores 25. annis quod hic dicitur, quadrare poteſt.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. *Quum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, poſt pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.*

NOTÆ.

7. *Poſt pubertatem*) Vel alio modo tutela finita, *tit. D. de tut. & rat. diſtr.* niſi autem finita ſit tutela, tutelæ agi non poteſt, *l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Moribus noſtris tutores etiam ſingulis annis rationem reddere adminiſtrationis ſuæ.*

Hic locus obiter tutores admonet officii ſui atque adminiſtrationis, quod in *Pand. & Cod.* copioſe explicatur *tit. de adm. tut.* add. Grot. 1. *man.* 9. *art.* 21. & *ſeqq. ſtatut. Rhynland.*

Poſt pubertatem) Quippe tutelæ agi non poteſt, niſi tutela finita ſit, *l. 4. de tut. & rat. diſtr.* ejuſque rei hanc rationem reddit Ulpian. *l. 9. §. & generaliter. 4. eod. tit.* quod abſurdum ſit à tutore rationem adminiſtrationis negotiorum pupilli repoſci, in qua adhuc perſeveret: quam ob cauſam nec a curatore rationes curæ adminiſtratæ durante officio actione utili ſive tutelæ, ſive negotiorum geſtorum exigi poſſunt, *l. 2. l. rationes. 14. C. de adm. tut.* Hoc diſſimile eſt, quod curatores durante adhuc curatione ſingularum rerum nomine conveniri poſſunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. diſtr. l. cum curatore. 26. de adm. tut. l.* 1. *§. 3. in fin. de cont. tut. act.*

Tutela judicio) In omnibus, quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præſtando dolum & culpam & quantam in ſuis rebus diligentiam, *l. 1. de tut. & rat. diſtr.* nec poteſt hæc rationis reddendæ neceſſitas a patre teſtamento remitti, *l. 5. §. Julian. 7. de adm. tut.* quanquam inventarii ſolemnis confectio prohiberi poteſt, ne ſecreta patrimonii pandantur, *l. ult.* §. 1. C. *de arbitr. tut.* de quo vid. Montan. *de jur. tut. c.* 32. *reg.* 4. *de confect. inv. n.* 98. & *ſeqq.* Moller. 1. *ſemeſtr.* 39. Rationem reddere noſtratibus eſt, *Rekening vemiis en* reliqua *doen,* idque facere noſtro jure tutores tenentur non ſolum finita tutela, ſed etiam quotannis; juxta *art.* 44. *dd. ſtatut.* & ea, quæ in fin. *d. c.* 9. notat Grot. quod etiam per univerſam Germaniam obſervatur ex conſtitutione Caroli V. teſte Schneid *hic* Weſemb. *par. de adm. tut. n.* 3. & jure Canonum jam ante obtinuiſſe arguit Clement. 2. *de relig. dom.* & *c.* 1. *de celer. agrot.* Zypæ. *not. jur. Belg. de tutor. verſ. tutor*

TITULUS VICESIMUS PRIMUS.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. Lib. 26. tit. 8. Cod. lib. 5. tit. 59.

Ratio diſpoſitionis.

Tria potiſſimum ſunt, in quibus gubernatio tutoris conſiſtit; in perſona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præſtanda. Tuitio educationem, inſtitutionem, defenſionemque pupilli continet. In rerum adminiſtratione tutoris officium eſt, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipſe gerit; neque aliud eſt quam proba-

probatio ejus, quod a pupillo vel cum pupillo geritur, *l. 3. hoc tit.* Duo priora hic omiſſa ſunt, & fortaſſe conſulto, quia eorum tractatio prolixior viſa eſt, quam ut operi Iſagogico inſeri debuerit. In Pand. autem & Cod. diligenter expoſita ſunt, *tit. de adm. tut.* Tantum *§. ult. ſup. tit.* levis quædam mentio facta eſt adminiſtrationis & reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda videtur & continuatæ tractationis, *arg.* ordinis Pand. Duo autem hic docet Juſtinianus; quibus in negotiis neceſſaria ſit tutoris auctoritas; & quomodo interponenda.

Textus.

In quibus cauſis ſit neceſſaria.

Auctoritas autem tutoris in quibuſdam cauſis neceſſaria pupillis eſt, in quibuſdam non eſt neceſſaria: ut ecce, ſi quid dari ſibi ſtipulentur, non eſt neceſſaria tutoris auctoritas: quod ſi aliis promittant pupilli, neceſſaria eſt tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam ſine tutoris auctoritate: deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris auctoritate. Unde in his cauſis, ex quibus obligationes mutuæ naſcuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depoſitis, ſi tutoris auctoritas non interveniat, ipſi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

Notæ.

Auctoritas tutoris) Tutores vel negotia gerunt ipſi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *tit.* 11. §. 24. id eſt, negotium confirmant, hoc enim eſt, auctorem fieri, *l. 3 hoc tit.*

Si quid dari ſibi) Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet, recte ſibi dari ſine tutore ſtipulatur, *l. 9. pr. eod. §. 9. inf. de inut. ſtip. l. 1. C. de auct. præſt.* aut aliquid ſibi remitti, *l. 2. D. de accept.* & in univerſum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l. 11. D. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittant) Aut quid remittant, alienentve. *l. 5. l. 9. h. t. §. ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, *§. 1. inf. eod.*

Meliorem conditionem facere) Neque enim eis invidendum, ut rem ſuam augeant ſine tutore, qui magis cuſtos datus videtur pupillo, ne rem ſuam perdat. Fabrot.

Obligationes mutuæ) Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt, initi cum pupillo ſine tutoris auctoritate eos ſolum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *l. 13. §. propen. D. de act. empt. l. 3. D. pro ſoc. l. 1. §. ult. D. commod.* a parte autem pupilli claudicant *συναλλαγματα*.

Commentarius.

IN *quibuſdam cauſis neceſſaria*) Ubi tutor ipſe negotium gerit, ſupervacua eſt auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando neceſſarium eſt, puta ſi de ſervo manumittendo, aut de adeunda hæreditate, agatur, aut conſtituendo procuratore, *§. 1. inf. eod. §. ult. inf. de curat.* locus eſt auctoritati tutoris; eaque in quibuſdam rebus, quæ a pupillo geruntur, neceſſaria eſt, in quibuſdam non eſt. In quo hæc diſtinctio pro utilitate pupillorum recepta eſt, ut ipſi contrahendo aut aliud gerendo meliorem quidem conditionem ſuam facere poſſint, etiam ſine tutoris auctoritate; deteriorem vero non poſſint, niſi cum tutoris auctoritate, *l. 9. hoc tit. l. 28. de pact. l. 11. de acq. rer. dom.* Et recte, nam ubi nullum incommodum metuitur, fruſtra expectatur tutoris auctoritas; quæ ad hoc ſolum comparata eſt, ut in metu periculi pupillo per eam conſulatur. Quod ſi culpa tutoris in damnum inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem eſt, hanc diſtinctionem pertinere ad pupillum infante majorem; nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere poteſt, vid. *inf. §. pupillus 9. de inut. ſtip.*

Si quid dari ſibi ſtipulentur) Nullum enim periculum eſt, ſtipularier, inquit ille apud Plaut. *in Pſeudol. act.* IV. *ſcen.* 6. *v.* 14. Idem eſt, ſi paciſcantur aut ſtipulentur, ut id quod debent, iis remittatur aut acceptum feratur, *d. l. 28. de pact. l. 2. de accept.*

Aliis promittant) Aut rem ſuam alienent; actionem remittant; quod eis debetur, repudient; debitam pecuniam ſolvant, creditam accipiant, *l. 5. l. 9. hoc tit. l. 11. de acq. rer. dom. §. ult. inf. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ) Ex quibuſdam contractibus mutuæ obligationes, id eſt, ex utraque parte naſcuntur, ut in emptione, locatione, mandato, ſocietate, & aliis id genus: tam enim verbi cauſa obligatur emptor ad pretium ſolvendum, quam venditor ad rem præſtandam. Ex quibuſdam vero naſcitur obligatio ex una parte tantum; ut in mutuo ſolus obligatur, qui accipit; in ſtipulatione, qui promittit, *l. 19. de verb. ſign.*

Qui cum his contrahunt, obligantur) Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt, hi ſi cum pupillo contractum ſit ſine tutoris auctoritate, ab uno tantum latere conſtant, eoſque ſolum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *l. Julianus 13. §. antep. de act. empt.* Ratio hujus juris partim eſt favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aſpectus ipſe indicat, ſuæ temeritati id imputare debeat, per *l. qui cum alio 19. de reg. jur.*

Non obligantur) Niſi in quantum locupletiores facti ſunt, *l. 1. l. 5. §. 1. hoc tit.* Natura enim æquum eſt, neminem locupletari cum alterius jactura, *l. 14. de cond. ind.* An pupillus ſine tutoris auctoritate ex conventione ſaltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, diſputamus *inf. de inut. ſtip. ſub §. pupillus 9.*

Textus.

Exceptio.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum poſſeſſionem petere, neque hæredita-*

tem ex fideicommiſſo ſuſcipere aliter poſſunt, niſi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucroſa ſit,) ne ullum damnum habeant.

NOTÆ.

Neque hæreditatem adire) Ex Cajo *l.9.§.3.h.t.* cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto ſuo ſine tutore ſe obligare non poſſunt, *d.l.9. pr. l.8. D. de acq. her.* Non pertinet quidem hoc ad ſuos hæredes; beneficio tamen prætoris abſtinentium eadem cauſa, *§.2. inf. de her. qual. & diff. §.3. inf. de her. quæ ab int.*

Neque bonorum poſſeſſionem, &c.) Bonorum poſſeſſionis & fideicommiſſi hæreditatis eadem, quæ hæreditatis jure civili aut directo delatæ, ratio, *inf. lib. 3. tit. 10. & lib. 2. tit. 23.*

COMMENTARIUS.

HÆreditatem adire) Pupillus hæreditatem ſibi delatam ſine tutoris auctoritate adire non poteſt, *l. 9.§.3 hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto ſuo ſine tutoris auctoritate ſe obligare non poteſt, *l.8.de acq.her.d.l.9.pr.hoc tit.* At inquis, poteſt conditionem ſuam meliorem facere, etiamſi tutor auctor non ſit, fateor; modo ne ipſe obligetur ideoque a parte pupilli claudicant τα συναλλαγματα. Fieri autem non poteſt, ut pupillus hæreditate quæſita non obligetur, ut hæres, creditoribus hæreditariis & teſtamentariis, illis ut defuncti perſonam repræſentans, his ipſa aditione hæreditatis. Neque enim hic eſt, quod creditoribus aut legatariis imputetur, qui cum pupillo hærede non contrahunt, ſed in eum incidunt, quod & Mynſ. obſervavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum ſcilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnoſa eſſe hæreditas; multaque inſuper in hæredibus eſſe metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offenſas, invidiam, *l.4.ad ſen. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus ſit, neceſſariam eſſe tutoris auctoritatem, *l.189.de reg.jur.* Quæ ut vera eſſe fateamur: illud tamen adhuc relinquitur: cur non ſaltem favore pupillorum ſuſtineatur hæreditatis acquiſitio, quatenus illis lucroſa ſit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus: quippe quibus ad acquirendam hæreditatem aditione opus ſit: nam ſui ſine facto ſuo, ipſo jure, hæredes fiunt, etiam ignorantes, *l. 8. de acq. her. §. 2. inf. de her. quæ ab int. def.*

Neque bonorum poſſeſſionem) Ob eandem nimirum rationem: quia bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quam hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum poſſeſſores habentur, de quo *inf. lib.3. tit. de bon. poſſ.*

Hæreditatem ex fideicommiſſo) Et hoc eandem rationem habet: nam cum reſtituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi & in hæredem competunt, ex SC. Trebelliano tranſeant in fideicommiſſarium, ſi pupillus ex fideicommiſſo hæreditatem ſuſceperit, eo facto perinde obligabitur, ac ſi quamlibet hæreditatem adiiſſet. De fideicommiſſariis hæreditatibus tractabitur *inf. lib.2. tit. 23.*

Ne ullum damnum habeant) Melius meo judicio Cujac. Hotom. Weſemb. legunt, *quamvis illis lucroſa ſit, nec ullum damnum habeat*, ſine parentheſi: quomodo & apud Cajum legitur in Pand. & legiſſe etiam videtur Theophilus.

TEXTUS.

Quomodo interponi debeat.

2. *Tutor autem ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri, ſi hoc pupillo prodeſſe exiſtimaverit. Poſt tempus vero, vel per epiſtolam, aut per nuntium interpoſita auctoritas nihil agit.*

COMMENTARIUS.

EXponitur hic modus ſeu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d.l.9. §.tutor 5.hoc tit.* Hic modus ut legitimus habeatur, duo deſiderat; ut tutor in negotio, quod cum pupillo geritur, præſens ſit, ut ſtatim atque peractum eſt, auctor fiat. Præſentia ideo deſideratur, ut certo cognoſcat tutor, quid negotii, qua fide geratur: ac proinde non ſufficit, corpore præſentem eſſe, niſi & animo ſit & intelligat quale ſit quod contrahitur, *l.14.eod.* junct. *l.1. in fin. & l.2. eod.* Cur autem ſtatim & quaſi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio eſt, quia interpoſitio auctoritatis integrat quodammodo perſonam pupilli, qui per ſe contrahere non poteſt; efficitque, ut actus ſuſtineatur, qui alioqui ipſo jure invalidus ex intervallo non poſſet confirmari. Non eſt autem neceſſe, ut & is præſens ſit, qui cum pupillo contrahit, poteſt enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epiſtolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, *d.l.9. §. ult.* Illud quoque ſciendum eſt, auctoritatem ſemper pure a tutore interponendam eſſe, non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l.8.eod.* VINN. Ratio, cur præſens in ipſo negotio ſtatim auctoritatem interponere teneretur, hæc reddi poteſt propior, quod illa interpoſitio auctoritatis fuerit actus legitimus. Quod & inde patet, quod non admittat conditionem. *l.8. ff. h.t.* HAIN.

In ipſo negotio præſens debet auctor fieri) Tutoris auctoritas, perfecto negotio interponitur, ut diſerte ſcribit Ulp. *l. ſi quis 25. §. juſſum 4. de acq. her.* Quamobrem hæc oratio vel ſic reſolvenda eſt, *Tutor in ipſo negotio præſens ſtatim debet auctor fieri.* Ut intelligamus, & præſentiam tutoris in ipſo negotio, dum adhuc geritur, requiri; & ſtatim ut negotium perfectum eſt, auctorem fieri oportere: quod & arguit mox ſequens illatio. *Poſt tempus vero, &c.* Vel ſi hæc verba, *in ipſo negotio* ad illa, *auctor fieri*, referre malis in ipſo negotio fieri intelligi debet, non quod fit, cum nihil dum, geſtum eſt; (quid enim tum probet tutor?) ſed quod fit negotio quidem cum pupillo jam geſto, ſive tractatu præſente tutore habito, ſed ſtatim & in continenti ſubſequitur, & tractatum illum concludit ac firmat. Sic in *l.1. de ſolut.* in ſolutione ſive in re præſenti conſtituere dicitur, in quam cauſam ſolutum velit; qui ſtatim atque ſolutum eſt, conſtituit. Ceterum hæc ſubtilitas hodie inſuper habetur, Autumn. *collat. jur. in d. l.9. §.tutor 5.* VINN. Vulgo huic §.2. *h. t.* opponunt *l.25. §. 4. ff. h.t.* ubi & perfecto negotio auctoritatem in-

interponi poſſe, ait Ulpianus. Conciliationem tentavit Cujac. *Obſ. lib.* XII. *cap.* 31. Gothofredus in *Comment. ad Reg. jur.* 29. *p.* 169. ipſum Ulpiani textum ſollicitat, & pro *perfecto negotio*, reſcribi jubet *provecto negotio*. Acuta, ſed minus neceſſaria correctio. Præſens tutor interponebat auctoritatem, ſed perfecto negotio. Perfectum vero erat negotium, quando id peractum, a quo ſubſtantiam capiebat negotium, e. g. in ſtipulationibus ubi congrue a pupillo reſponſum fuerat, auctoritatem interponebat tutor, tanquam perfecto jam negotio. Hinc elegans illa ac ſubtilis quæſtio in *Fragm. Regul. ex vetere JCto* §. 15. utrum ſi fœmina abſens manumittat, tutor auctor fieri debeat, dum fœmina ſcribat epiſtolam, an dum ſervus cognoſſet dominæ voluntatem? Dubium enim erat, quo momento libertas *ἀπαρτίζηται peragatur*, id eſt, quo momento perfectum ſit negotium? HEIN.

TEXTUS.

Quo caſu interponi non poteſt.

3. ***Si inter tutorem pupillumque judicio agendum ſit; quia ipſe tutor in rem ſuam auctor eſſe non poteſt, non prætorius tutor (ut olim) conſtituitur, ſed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur; & eo peracto curator eſſe deſinit.***

NOTÆ.

3. *Non prætorius tutor ut olim*) Moribus receptum fuerat, ut hoc caſu tutorem habenti tutor daretur. Ulp. *tit.* 11. §. 23. propter ſolemnitatem judiciorum, *l.* 19. *h. t.*

COMMENTARIUS.

Judicio agendum ſit) Nec plures ſint tutores; alioqui niſi cum omnibus pupillo lis ſit, unus ex iis auctor erit, *l. ſi plures* 24. *de teſt. tut.* Intellige autem ſi judicio agendum ſit de aliis rebus quam de adminiſtratione tutelæ: nam tutelæ agi, niſi finita tutela non poteſt, *l.* 4. *de tut. & rat. diſtr.*

In rem ſuam auctor eſſe non poteſt) Regula eſt, tutorem in rem ſuam auctoritatem accommodare non poſſe, *l.* 1. *&* 7. *hoc tit.* quemadmodum nec judex quiſquam aut teſtis in ſua cauſſa eſſe poteſt, *l.* 10. *de juriſd. l. nullus* 10. *de teſtib.* Et in caſu propoſito hoc alioqui abſurdi eveniret, ut idem in eodem negotio & actor eſſet & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per conſequentias etiam tutori geratur *d. l.* 7. quod exemplo declaratur *d. l.* 1.

Non prætorius tutor) Prætorianum appellari ſcribit Ulp. & moribus pupillo dari, qui cum tutore ſuo legitimo judicio agere vult, *tit.* 11. *de tutel.* §. *moribus* 24. Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus, quæ prohibet tutorem ad certam rem vel cauſam dari, §. *pen. ſup. qui teſt. tut.* item alterius, qua traditur, §. *interdum* 5. *inf. de curat.* tutorem habenti tutorem dari non poſſe. Cur autem neceſſe fuit hoc caſu tutorem dari? Nimirum quia judicia erant ſolemnia & ordinaria: ad ea autem, quæ ſolemnitatem juris deſiderant, explicanda tutore auctore opus erat. *l. curatorem* 19. *hoc tit. l. cum in una* 17. §. 1. *de appell. l. ult. C. de in lit. tut. dand.*

Curator datur) Poſtquam judicia extraordinaria eſſe cœperunt, ſublato ſolemni veterum formularum ritu, *inſt. tit. de ſucc. ſubl. & tit. de interd.* §. *ult. & C. de form. & imp. ſubl.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari ſufficere viſum eſt. Unde exiſtimo Tribonianum verbum *curatoris* in locum *tutoris* ſubjeciſſe in *ll.* 3. 4. 5. *de tutel. l.* 24. *de teſt. tut. & ſimil. loc.* Jure novo hæc diſputatio pene ſupervacua eſt, quo vetuit Juſtinianus, debitorem creditoremve pupilli tutorem creari; eique, qui pupillo, aut cui pupillus poſt cœptam tutelam debere cœpit, perpetuum curatorem adjungi voluit, *Nov.* 72. *c.* 1. *&* 2. Dixi autem, pene: quia video pleroſque hinc eximere tutores ex certa ſcientia teſtamento datos. *DD. in auth. minoris. C. qui dar. tut.* Schneid. *hic n.* 5. Montan. *de tutel. c.* IX. *n.* 67. *& ſeqq.* atque ita judicatum refert A. Fab. *C. tit.* 20. *lib.* V. *def.* 1. Sand. *lib.* II. *tit.* 9. *def.* 1. Myngſingerus item excipit ex inquiſitione datos; quod vix eſt, ut probare poſſim. Illud conſtat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum ſuorum aut nepotum tutelam gerant, *auth. ad hæc C. quand. mul. off. tut.* & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Friſiæ cenſuit, teſte Sand. *d. lib. & tit. d. fin.* 2.

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

C. Lib. 5. *Tit.* 60.

Continuatio & methodica Tituli explicatio.

Dictum eſt, quibus modis tutela conſtituatur; quæ conſtitutæ vis atque auctoritas: reliquum eſt, ut videamus, quamdiu perſeveret, quibuſque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii ſunt, tum ex perſona pupilli, tum ex perſona tutoris, tum ex perſona utriuſque: item quidam communes ſunt omnibus tutelæ ſpeciebus quidam proprii quarundam; ſicut ex progreſſu apparebit. In ſumma autem duorum horum modorum altero ſemper finitur, aut ipſo jure, aut interventu magiſtratus.

Textus.

De Pubertate.

Pupilli pupillaque, cum puberes eſſe cœperint, a tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non ſolum ex annis, ſed etiam ex habitu corporis in maſculis æſtimari volebant. Noſtra autem majeſtas, dignum eſſe caſtitate noſtrorum temporum exiſtimans, bene putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum eſſe viſum eſt, id eſt, inſpectionem habitudinis corporis, hoc etiam in maſculos extendere. Et ideo noſtra ſancta conſtitutione promulgata, pubertatem in maſculis poſt decimum quartum annum completum illico initium accipere diſpoſuimus: antiquitatis normam in fœminis bene poſitam in ſuo ordine relinquentes, ut poſt duodecim annos completos viripotentes eſſe credantur.

Notæ.

Sed etiam ex habitu corporis) Priſcus eum puberem eſſe dicebat, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis & numerus annorum. Ulp. *tit.* 11. *in fin.*

Inſpectionem habitudinis corporis) Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inſpectionem corporum Romanis moribus indignam eſſe exiſtimant.

Noſtra conſtitutione) Extat in *l. ult. C. quand. tut. vel cur. eſſe deſin.*

Commentarius.

1. *Longe ante tempora Juſtiniani receptum fuiſſe, ut pubertas etiam in maſculis ex annis æſtimaretur.*
2. *Suſpectum auctori eſſe, quod ſcribit Tribon. de nudorum corporum inſpectione.*
3. *Vim generationis in fœminis citius incipere, quam in maribus.*
4. *Tutelam muliebrem aliam fuiſſe ab hac pupillari fœminarum.*
5. *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

C*Um puberes eſſe*) Primus modus finiendæ in perſona pupilli tutelæ eſt pubertas, *l.* 1. *C. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes, etſi curatorem accipiunt, in ſuam tutelam veniſſe antiqua locutione dicuntur, *inf. de pup. ſubſtit. in pr. l.* 8. §. 1. *de bon. poſſ. ſec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis) Fuere olim, qui pubertatem in maſculis ex ſolo habitu corporis æſtimabant. Proculejani eum puberem eſſe dicebant, qui quatuordecim annos expleviſſet: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret, teſte Ulpian. *tit.* 11. *de tutel. in fin.* Eam ſe controverſiam ſuſtuliſſe, abrogataque inſpectione corporis pubertatem ex annis tantum æſtimari voluiſſe, ſcribit Juſtinianus
1 *hic & in l. ult. C. quand. tut. vel cur.* Sed profecto
longe autem Juſtinianum receptam fuiſſe Proculi ſententiam, multis auctoritatibus probari poteſt. Nam Tertullianus, qui aliquot ſæculis ante Juſtinianum vixit; in *lib. de veland. virg.* aperte teſtatur, *Romanos pubertatem in annis, non in ſponſalibus aut nuptiis decernere*; hoc eſt, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib.* VII. *Saturn. c.* 7. ſic ſcribit: *Secundum jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartus decimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem *in ſomn. Scipion. lib.* 1. *cap.* 6. ait, *tutelam pueris poſt bis ſeptem annos abſolvi.* Idque & Ulpian. noſter expreſſis verbis confirmat *l.* 2. *de vulg. & pup.* indeque eſt, quod idem Ulpian. ſcribit, maſculis poſt annum decimum quartum, fœminis poſt duodecimum permitti teſtamentum facere, *l.* 5. *qui teſt. fac.*

Inſpectionem habitudinis corporis) Nunquam mihi 2
perſuaderi potuit, inhoneſtam hanc corporis inſpectionem apud Romanos uſitatam fuiſſe; neque eſt veterum quiſquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Juriſconſultorum & apud Quintilianum *lib.* IV. *Inſt. orat.* 2. legimus, dubitatum fuiſſe ex habitudine corporis, an ex annis, pubertas metienda eſſet, non de turpi aliqua nudorum corporum inſpectione accipiendum eſt, ſed de externo corporis aſpectu & vigore; ut is ex quorundam ſententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac diſpoſitione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur. *fac. l.* 4. *C. qui teſt. fac.* Etenim habitus ſive habitudo Latinis ſcriptoribus σχῆμα & formam corporis ſignificat. Cic. *pro Cæl. c.* 24. *Quintus Metellus cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus.* Liv. lib. IV. *Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perempti.* Terent. *in Eunuch. act.* II. *ſc.* 3. *v.* 11. *Qui color, nitor, veſtitus, quæ habitudo eſt corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat, integram corporis conſtitutionem. Unde & eos, qui obeſiore erant corpore, habitiores dicebant. Terent. *Eunuch. act.* II. *ſc.* 4. *v.* 22. *Si qua habitior paulo pugilem eſſe ajunt.* Plaut. *Epid. act.* I. *ſcen.* I. *v.* 8. *Corpulentior Hercle atque habitior.* Rævardus IV. *var.* 10. exiſtimat, Triboniano impoſuiſſe Platonem, qui *lib.* II. *de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonia definire vult per judicem, nudos omnino mares, nudataſque uſque ad pubem fœminas inſpicientem: Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æſtimanda apud Juriſconſultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomannus & Ant. Matthæus *Coll. Inſt.* II. *diſp.* 2. auctoritate Quinctiliani, qui *declam.* 279. ſcribit, nudari corpora puerorum, & ab judicibus inſpici. Sed confictum hoc eſſe non dubito, ut fere fit in ſcholaſticis exercitationibus. Vinn. Similia olim mihi in mentem venere *lib.* I. *Antiqu. Rom. h. t.* §. 2. *ſequ. p.* 224. Sed vide tu ſis, Viri ampliſſimi Corn. Bynkersh. *Obſ. lib.* III. *cap.* 24. Deinde ante Juſtinianum adeo certum non fuiſſe pubertatis terminum, vel inde patet, quod ipſi patres annum pubertatis liberis teſtamento præfinirent, modo decimum quartum, uti in *l.* 49. *ff. de legat.* 1. & *l.* 22. *ff. quando dies leg. ced.* modo decimum ſextum, uti *l.* 54. §. 2. *ff. de leg.* 3. *l.* 36. §. 1. *l.* 48. *ff. de condit. & demonſtr. l.* 46. *ff. ad SC. Trebell.* modo decimum octavum, uti

in

in *l.* 101. §. 3. *ff. de cond.. & demonſtr.* Et hinc eſt, quod Paullus Apoſtolus hæredem pupillum ſub tutoribus eſſe ait αχρι της προθεσμιας τυ πατρος. *Gall.* IV. 2. Vid. Merill. *Obſ. lib.* V. *cap.* 16. Hein.

3 *Poſt duodecim annos*) Pubertatis anni maxime propter nuptias definiti ſunt: ideoque cum vis generationis in fœminis citius incipiat, quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc eſt, quod Macrob. *lib.* I. *in ſomn. Scipion. cap.* 6. ſcribit; *De tutela*, inquit, *fœmina propter votorum feſtinationem maturius biennio, quam pueri, legibus liberantur.* Quod autem generationi citius admoventur, id idem Macrob. VII. *Saturn.* 7. infirmiori earum naturæ adſcribit: nam & exilia poma celerius matureſcere, robuſta ſerius. Phyſici etiam hanc rationem afferunt, quod facilius eſt pati, quam agere: in generatione autem fœmina paſſive ſe habet. In univerſum autem, ut ſcribit

4 Ariſt. VII. *de hiſt. animal.* θαττον τα θηλεα των αρρενων και ηβοτητα, και ακμην λαμβανει, και γηρας. Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in frag. tit.* 11. Nam & poſt pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum adminiſtranda, ſed ad auctoritatem præſtandam in ſolemnibus & civilibus, veluti ad judicia, ad dictionem dotis, ad alienandas res mancipi. Ulp. *d. loc.* Niſi dicamus, ex jure veteri hæc referri, quo jure mulieres perpetua tutela continebat, teſte Boetio *in Top. Cic.* Nam non temere loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in fœminis anno duodecimo finiri, & curatorem ſuccedere, a Triboniano interpolata dixerim; quamvis id affirmet *Revard.* II. *var.* 10. Obſtat enim locus Macrobii modo citatus: & Boetius expreſſe de jure antiquo loquitur. Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: ſed qui ſemel legitime tutores dati ſunt, etiam puberum rebus præſunt uſque ad juſtam eorum ætatem, hoc eſt, donec 25. annos impleverint, D. Gudelin. *in fin. lib.* I. Chriſtin. *vol.* III. *deciſ.* 184. *n.* 14. & 16. & *vol.* VI. *deciſ.* 82. *n.* 9. Montan. *de tutel. c.* XXXVII. *n.* 86. Groenew. *de legib. abrog. hic.* quod & in Germania generali conſuetudine receptum eſſe teſtatur Gail. II. *obſ.* 96. Paul. Buſius *ad l.* 1. *n.* 7. *de tutel.* & in pleraque Gallia, Baro hic.

Textus.

De capitis deminutione pupilli.

1. *Item finitur tutela, ſi adrogati ſint adhuc impuberes, vel deportati: item ſi in ſervitutem pupillus redigatur, vel ſi ab hoſtibus captus fuerit.*

Notæ.

1. *Deportati*) Quia cives eſſe deſinunt, §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot.* Nota, etiam impuberes deportari poſſe; nempe qui ſunt pubertati proximi & doli capaces. *l.* 111. *de reg. jur. l.* 14. *D. ad Sen. Silan.*

Commentarius.

Secundo finitur in pupillo tutela quavis capitis deminutione: ſive enim adrogatus ſit, ſive deportatus, ſive in ſervitutem redactus, tutela extinguitur, *l.* 14. *pr.* & §. 1. & 2. *de tutel.* unde hic locus deſcriptus eſt. Miſcentur autem hic modi, quibus & ex perſona tutoris tutela finitur, §. 4. *inf. eod.*

Adrogati ſint,) Ratio eſt, quia deſinunt eſſe ſui juris, & in poteſtatem adrogatoris tranſeunt; nemo autem poteſt ſimul eſſe in tutela & in patria poteſtate, *ſup. de tutel. in pr.* Sed hoc moribus fere hodiernis non obtinet:

Vel deportati) Quod ob delictum iis contingere poteſt, qui ſunt pubertati proximi, & doli capaces; *l. pupillum* 111. *de reg. jur.* §. *pen. inf. de obl. quæ ex del.* Conſtat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque pro mortuis in iis, quæ juris civilis ſunt, qualis eſt tutela, haberi, §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. l.* 17. §. 1. *de pœn.*

In ſervitutem redigatur) Puta, ſi pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in ſervitutem tradatur; quo exemplo utitur Theophilus, idque fortiori ratione, quam ſi deportatus ſit, quia cum civitate ſimul & libertatem amittit, §. 1. *ſup. de cap. dem.*

Si ab hoſtibus captus) Ceterum eventus demum oſtendet, an tutela hic omnimodo finita ſit: nam poſtliminio reverſus procul dubio recidit in tutelam.

Textus.

De conditionis eventu.

2. *Sed etſi uſque ad certam conditionem datus ſit tutor teſtamento, æque evenit, ut deſinat eſſe tutor exiſtente conditione.*

Notæ.

2. *Teſtamento*) Additum quia a Magiſtratu ita non datur, *l.* 6. §. 1. *D. de tutor. l.* 77. *de reg. jur.*

Exiſtente conditione) Veluti, ſi Titius tutor teſtamento datus ſit, uſque dum uxorem ducet, & duxerit.

Commentarius.

Usque ad certam conditionem) Vel uſque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem teſtamento datus, exiſtente conditione tutor eſſe deſinit: ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l.* 14. §. *ult. de tut. l.* 8. §. 1. & 2. *de teſt. tut.* §. *pen. inf. hoc tit.* Hoc autem modo finitur tutela ex perſona tutoris, & proprius eſt tutelæ teſtamentariæ, ut docemus *ſup. qui teſt. tut. dar.* §. 3. Eſt & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Atiliana: nam ſi ex die aut ſub conditione teſtamento tutor datus ſit, is, qui interim a magiſtratu datus eſt, veniente die aut exiſtente conditione tutor eſſe deſinit. §. 1. *ſup. de Atil. tut.* add. quæ ad §. *ad certum tempus* 3. *ſup. qui teſt. tut. dar.*

Textus.

De morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

Com-

COMMENTARIUS.

HIc modus & ad omnem tutelam & ad perſonam utriuſque ex æquo pertinet: eo autem maxime ſpectat, ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ poſt mortem ſuperſunt, tutelam perſeverare; mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non ſuccedere, *l. antepen. de tutel. l. ult. §.1. de mun. & hon. l.4. D. de tut. & rat. diſtr.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

4. *Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti ſi ſe adrogandum dederit, legitima tantum perit: cetera non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licet minima ſit, omnes tutelas tollit.*

NOTÆ.

4. *Legitima tantum perit*) Agnatorum ſcil. hodie id non obtinet; quia jure noviſſimo in totum ſublata eſt agnationis, & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem, cum tutelam vocati. *Novell.* 118. *c.*5.

COMMENTARIUS.

PEr *quam libertas vel civitas*) Hic modus ſolvendæ tutelæ communis eſt, ut notavi *ſup. ad* §.1. eandemque in tutore, quam in pupillo rationem habet.

Legitima tantum tutela perit) Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, *§. ult. ſup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc nunquam pertinuit, Ulp. *in fragm. tit. de tutel.* §.8. Porro jure noviſſimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus ſub *d. §. ult. de leg. agn. tut.*

Licet minimà ſit) Is qui in poteſtate patris eſt, ſi perfectæ ætatis ſit, non prohibetur tutor eſſe, *ſup. qui teſt. tut. dar. in pr. l. filiusfam. 9. de his qui ſui vel al. jur.* In tutela autem nemo eſſe poteſt, niſi qui ſit ſui juris. Atque hæc ratio eſt, cur pupillo adrogato tutela pereat, tutore non item.

TEXTUS.

De tempore.

5. *Preterea, qui ad certum tempus teſtamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.*

NOTÆ.

5. *Ad certum tempus*) V.g. ad biennium. *l.*14. §.3. *D. de tutel.*

COMMENTARIUS.

DIxi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipſo tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non in ullo jure proprie quæſito conſiſtit; alioqui tempore ipſo jure non finiretur, *l. obligationem 44. de obl. & act.* ſed in facto perſonæ & adminiſtratione magis poſita eſt. Quæ autem talia ſunt, ut facta ſunt temporalia, ita & ipſa cum factis incipere & finiri poſſunt: argumento ſit uſusfructus, *l. un. §. pen. quand. dies uſ. leg. ced.*

TEXTUS.

De Remotione & Excuſatione.

6. *Deſinunt etiam tutores eſſe, qui vel removentur a tutela ob id, quod ſuſpecti viſi ſunt: vel qui ex juſta cauſa ſe excuſant, & onus adminiſtrandæ tutelæ deponunt, ſecundum ea, quæ inferius proponemus.*

NOTÆ.

6. *Se excuſant*) In perpetuum, non ad tempus, *§. 5. tit. ſeq. l. 16. D. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hic duo modi, quibus tutela finitur, non ipſo jure, ut ſuperioribus, ſed interventu magiſtratus; excuſatio ſcilicet, & juſta ſuſpicio. Excuſatio volentem liberat; ſuſpicio invitum removet. Eſt vero major excuſationum uſus tutela delata, quam ſuſcepta. Sed & quaſi ſuſpectus quis poſtulari & removeri poteſt, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus ſuo iterum loco. De excuſationibus eſt *tit. pen.* de ſuſpectis tutoribus *tit. ult. hujus libri.*

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 70.

Continuatio & ſumma Tituli: tum genera curatorum diſtincta.

TRanſit nunc Imp. ad alterum membrum diviſionis poſitæ in *pr. ſup. de tutel.* quod eos complectitur, qui cum ſui juris ſint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiſcue quibus, & a quibus, quando & quomodo curator detur. Sciendum autem eſt, duo eſſe genera curatorum; unum eorum, qui nulla perſonæ habita ratione, ſi res exigat, bonis conſtituuntur, puta vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui in utero eſt, aut domini, qui ab hoſtibus captus

ſit *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis perſonis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum adminiſtrandas: qui hujus ſunt argumenti. Sunt autem & ipſi duorum generum, dantur enim vel propter ætatem ejus, qui in curatione ſit; vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere ſunt minores 25. annis: in poſteriore furioſi, prodigi, mente capti, muti & ſurdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem ſic recte definietur curatio, poteſtas jure conſtituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus ſuis ſupereſſe ipſe non poteſt. Ex hac definitione facile intelligere poteris, & quæ communia ſunt curæ cum tutela, & quæ diſcrepantia, maxime ſi cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illuſtrandam ſcripſimus ſub §. 1. *ſup. de tutel.* Ceterum & in proceſſu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

De adultis.

Maſculi quidem puberes, & fœminæ viripotentes uſque ad viceſimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſint.

NOTÆ.

Ad viceſimum quintum annum) *l. 1. in fin. D. de min.* poſt quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ακμην. belle Cujac. ad *d. l. 1.*

Curatores accipiunt) Niſi ætatis veniam a Principe impetraverint, *C. de his qui ven. ætat. imp.*

Negotia ſua tueri) Et ideo quamvis qui in tutelam ſuam venit, ſui potens eſt, κυριος εαυτȣ, nondum tamen eſt κυριος τȣ αυτȣ. Fabrot. *l. 20. D. de rit. nupt. l. 8. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur tutela in fœminis citius, quam in maribus finitur: cura eadem ætate in utriſque.*
2. *Quare fœminæ biennio maturius, quam maſculi, ætatis veniam impetrare poſſint.*
3. *Quid conſuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum.*
4. *Quando dies cœptus pro completo habeatur, & contra.*
5. *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi.*
6. *Cur tam curioſe de curatore adoleſcentibus dando caveatur, cum nihilominus ſi capti fuerint, in integrum reſtituantur.*

1 *USque ad viceſimum quintum annum*) Tutela in maribus tardius finitur, quam in fœminis, quia fœminæ, ut ſuperius dictum eſt, citius pubeſcunt. At cura in utriſque eodem tempore finitur, nimirum poſt annum viceſimum quintum. Et vero nulla ratio eſt cur fœminæ maturius, quam maſculi, cura liberari debeant, cum potius diuturniore cura continendæ videantur, propter ſexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Ceterum adoleſcentes, honeſtate morum prædití, poſt annum viceſimum; fœminæ, quas morum honeſtas mentiſque ſolertia commendat, poſt annum octavum decimum, ætatis veniam a Principe impetrare poſſunt, ut ex eo tempore res ſuas ſine curatoribus adminiſtrent: ac tum quidem in integrum non reſtituuntur, *l. 1. & 2. C. de his qui ven. ætat.* ſed tamen in eo adhuc ſimili conditione cum ceteris minoribus ſunt, quod immobilia ſine decreto alienare aut obligare non poſſunt,
l. 3. C. d. tit. Cur autem hoc fœminis biennio matu- 2
rius conceditur? D. Bachovius negat ſolidam ejus rei rationem dari poſſe. D. Brederodius in *not. ad Schneid.* hanc affert, quod quamvis judicium muliebre επι το πλειϛον infirmius ſit virili, tamen quæ naturæ ſolertiores ſunt; ſi ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri; propterea quod vehementiores multo in fœminis affectiones ſint, quam in viris. Moribus patriæ non ſolum Princeps aut
ſummus magiſtratus, ſed etiam Curia provincialis æ- 3
tatis veniam concedere ſolet, aliique judices ordinarii, quibus id facere jure legitimo competit; neque veniæ conceſſio continet [illegible]us prædia alienandi ſine cognitione judicis, niſi & hoc ex magna cauſa, & quidem a ſupremo magiſtratu, expreſſe indultum ſit auctore Grot. 1. *man.* 10. vide Groenew. *de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & ibi alleg.* Diximus quoque non multo ante, conſuetudine harum regionum receptum, ut tutela demum finiatur poſt perfectam ætatem eorum, qui in tutela ſunt, hoc eſt, poſtquam egreſſi ſunt annum viceſimum quintum. Apud nos enim ignoratur diſtinctio, quam jus civile Romanorum facit inter ætatem pupillarem, quæ ſub tutela, & minorem, quæ in curatione ſit. Unde & tutela ac cura uno communi nomine & promiſcue appellatur: *Voogdie* aut *Momberſchap* & tutores curatoreſque *Voogden* aut *Momboirs* pupilli & minores indiſcriminatim *Voogden.* Ceterum etiam ante eam ætatem tutela ſive cura finitur, contracto ſcilicet matrimonio; quanquam tunc ex cauſa a judice ad tempus prorogari poteſt: quod & tunc locum habet, cum ætate finita eſt, Grot. *d. loc.* Statuto Leidenſium nemo ſuæ curæ eſſe incipit, niſi qui cauſa cognita a magiſtratu tutelari dimiſſus, *art.* 141.

Completum) Curatio non finitur, niſi anno viceſimo quinto exacto & completo. Hoc enim utile minori viſum eſt, ut tempus a momento in momentum ſpectetur: nam ſi poſtremo viceſimi quinti anni die cœpto aut nondum completo læſus ſit, poterit adhuc
in integrum reſtitui. *l. 3. §. minorem 3. D. de minorib.* Ad 4
quem locum Gloſſa notat, diem cœptum pro completo haberi, quoties id alicui utile eſt, aut alioqui favorabile, ut in uſucapionibus, *l. 6. de uſuc.* in teſtamenti factione, *l. 5. qui teſt. fac.* in manumiſſionibus *l. 1. de manumiſſ.* quo etiam pertinet *l. Anniculus* 134. *de verb. ſign.* In honoribus quoque favoris gratia conſtitutum eſſe, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, *l. 8. de mun. & hon.* Contra autem; ubi favorabile eſt, non numero dierum, ſed momentis temporum annum dividi, diem cœptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præſcriptione. *l. 6. de obl. & act.* in vacatione tutelæ, *l. 2. de excuſ.* & in caſu pro-
poſito, ita & Coſtal. ad *l. 3. §. 3. de minor.* Cur au- 5
tem placeat ætatem 25. annorum finem afferre curatio-

tioni; docet nos Ulpian. *l.* 1. §. 2. *d. tit. quia*, inquit *poſt hoc tempus completur virilis vigor:* convenienter ſententiæ Phyſicorum, qui tradunt, anno viceſimo quinto, quo corpus creſcere deſinit, etiam animam ad ſummum perfectionis ſuæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi & conſtantiæ mentis veſtigia emergere: conquieſcente ſcilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione ac perturbatione, cui adoleſcentes obnoxii. Quamobrem & juſta, perfecta, integra, robuſta hæc ætas in libris noſtris appellatur, Græcis ἀκμὴ dicitur. Pulchre D. Cujac. *ad tit. de min. in pr.* add. Magir. VI. *Phyſiolog.* 5. Quanquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non eſt, niſi κατα πλατος, tamen ex his, quæ diximus, abunde patere arbitror, hanc ætatis juſtæ definitionem non eſſe juris mere poſitivi, ut exiſtimat Bachovius. Vinn. Immo eſſe videtur juris mere poſitivi, nec magis naturalis ratio movit Romanos, ut anno ætatis XXV. minorennitatem finirent, quam Saxones, ut anno XXI. Definitus hic annus videtur lege Lætoria, quæ ideo *quina-vicenaria* dicitur Plauto in *Pſeud. act.* 1. *ſcen.* 3. *v.* 69. Annum vero potiſſimum XXV. electum arbitror a Lætorio, quia vulgo Romani longiſſimum humanæ vitæ ſpatium C. annis circumſcribebant. *l.* 56. *ff. de uſufr.* Plin. *lib.* VII. *Hiſt. nat. cap.* 4. Sen. *de brev. vita cap.* III. Ejus ergo primum quadrantem juventuti tribuebat Lætorius, & hinc eamdem anno ætatis XXV. finiri exiſtimabat. Obſervationem hanc collegæ olim conjunctiſſimo, Nic. Hieronymo Gundlingio, me debere lubens fateor. Hein.

Adhuc tamen ejus ætatis ſunt) Conſtat inter omnes ait Ulpian. *l.* 1. *pr. de min.* fragile eſſe & infirmum hujuſmodi ætatum conſilium, multorumque captionibus & inſidiis expoſitum: ideoque prætorem naturalem æquitatem ſecutum, auxilium adoleſcentibus adverſus captiones polliceri; & in *fin. d. l.* 1. addit, ideo eos uſque ad viceſimum quintum annum curatorum
6 auxilio regi. Sed quid opus fuit de curatore adoleſcentibus dando tam curioſe cavere, cum ſi capti fuerint, prætor eos in integrum ſe reſtituturum polliceatur, nec iis minus ſubveniat, qui curatorem habentes eo auctore quid geſſerunt? *tot. tit. C. ſi tut. vel cur. int.* Nimirum magis decorum atque honeſtum viſum eſt, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quam ut aſſiduis implorationibus tribunalia perſonent. Deinde, quia id etiam minoribus tutius eſt & utilius, ne poſt vulneratam cauſam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt. nec.* Curatoris autem conſilio & prudentia efficitur, ut non tam facile lædantur, nec neceſſe ſit reſtitutionem in integrum toties poſtulare: quanquam ſi nihilominus læſi proponantur, auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi ſumus, non tantum ætate curationem finiri, ſed aliis etiam ex cauſis, atque ex iiſdem fere, ex quibus finitur tutela: denique ſimiliter vel ipſo jure, ut adrogatione adoleſcentis, morte, ſervitute, deportatione vel adoleſcentis vel curatoris, vel interventu magiſtratus, ut excuſatione, remotione.

Textus.
A quibus dentur Curatores.

1. *Dantur autem curatores ab eiſdem magiſtratibus, a quibus & tutores. Sed curator teſtamento non datur: datus tamen confirmatur decreto prætoris vel præſidis.*

Notæ.

1. *Teſtamento non datur*) *l.* 6. *D. de confirm. tut. l.* 2. *C. eod. L.* 12. *tabb.* permiſſum parenti, non Curatorem, ſed tutorem teſtamento dare.

Commentarius.

Ab eiſdem magiſtratibus) Igitur Romæ a præfecto urbi vel prætore, in provinciis a præſidibus; in municipiis aut agris municipiorum a magiſtratibus municipalibus, juxta diſtinctionem traditam, §. *nos autem* 5. *ſup. de Atil. tut. l.* 3. *D. de tut. dat.*

Teſtamento non datur) Idem traditur in *l.* 7. *C. de teſt. tut.* At quamobrem? nimirum quia puberes, quibus ſolis curator datur, ipſi, ſi velint, res ſuas adminiſtrare poſſunt: de quo mox plura. Eademque ratio eſt, cur pater liberis ſuis puberibus ſubſtituere non poſſit, ſcilicet, quia ea ætate ipſi ſibi teſtamentum facere poſſunt. *l.* 2. *de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur) Sive a patre, ſive a matre datus ſit: & confirmatur perinde ut tutor teſtamento non legitime datus, *l.* 1. *in fin. l.* 2. §. 1. *l.* 6. *de conf. tut. l.* 2. *C. eod.* ac proinde naturam ſapit teſtamentarii, *l.* 7. *ff. rem. pup. ſalv.* Eſt autem credibile, hanc curatoris teſtamento dati confirmationem poſt conſtitutionem M. Antonini primum introductam fuiſſe, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, ſecundum ea, quæ mox dicemus.

Textus.
Quibus dentur.

2. *Item inviti adoleſcentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam cauſam dari poteſt.*

Notæ.

2. *Inviti adoleſcentes*) Et ideo ipſi ſoli ſibi curatorem petere poterant, *l.* 1. §. *ult. D. qui pet. tut.* Ubi autem petentibus ſemel Curator datus eſt, hujus curatoris auxilio uſque ad annum 25. regi debent, ita cape *l.* 1. *in fin. D. de min.*

Præterquam in litem) Sive minor ſit actor, ſive reus: quia legitimam perſonam per ſe ſtandi in judicio non habent, *l.* 2. *C. qui leg. perſ. ſtand. in jud.* Vide fuſius in comment. infr.

Commentarius.

1. *Adoleſcentes olim invitos curatorem non accepiſſe; neque id mutatum conſtitutione D. Marci.*
2. *Reſponſio ad loca, quæ in contrarium afferuntur.*

Hic locus quanquam in foro nullum uſum habet, (conſtat enim adoleſcentes etiam invitos,

hodiernis moribus curatores accipere ;) tamen ad juris
Romani cognitionem multum conferre poteſt diligens
ejus expoſitio . Ait, *inviti*. In quo primum ſecum pu-
gnare Juſtinianus videtur , qui initio *hujus tit.* di-
xit , ideo minores 25.annis curatores accipere , quia
ejus ætatis ſunt , ut negotia ſua tueri non poſſint .
Deinde cum Juſtiniano Ulpianus , qui in *l.*1.§.*ult.de*
min. expreſſe ſcribit , minoribus 25. annis rei ſuæ ad-
miniſtrationem committi non debere , quamvis rem
ſuam bene gerentibus. Accedit , quod ne Principes qui-
dem , niſi perraro atque extra ordinem , minoribus re-
rum ſuarum adminiſtrationem indulgere ſoleant, au-
ctore eodem Ulpiano *l.*3.*pr. d. tit.* Rævardus 1.*par.*
17. & Cujac. in *l.* 1. *de excuſ.* ſocordiam Triboniani
accuſant , qui ex veteri jure legis Lætoriæ hic repe-
tiverit , quod jampridem conſtitutione D.Marci abro-
1 gatum erat . Sed enim & ex reſponſis recentiorum ju-
riſconſultorum & ex poſteriorum Impp. reſcriptis
manifeſte evincitur , etiam poſt D. Marci conſtitu-
tionem non omnes minores curatores accipere coactos.
Veluti ex eo , quod Papinianus ſcribit , *l.* 13. *in*
fin. de tut. dat. non niſi minoribus deſiderantibus
curatores dari ſolere ; & quod Modeſtin. *l.*2.§. *pen.*
& *ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores mino-
ribus petere , ſed ipſos minores duntaxat ſibi pete-
re poſſe . Item ex eo , quod Impp. Diocletian. &
Maximianus Attiano minori reſcribunt , *l.* 2. *C. de in*
int. reſt. intereſſe utrum is curatorem habeat,an non
habeat: ſi habeat, contractum ab Attiano initum ju-
re non ſubſiſtere , ſi non habeat, ſubſiſtere, imploran-
damque eſſe reſtitutionem in integrum. Denique non
uno in loco invenias adoleſcentes ſine curatoribus pro-
poſitos , ut in *l.* 7. §. 2. *de min. l. muto* 43. §. 3.
*de proc. l.*1. *l.*7. *C. qui pet. tut.* Vix hæc componi pot-
erunt , niſi a capite rem arceſſamus . Igitur cum le-
ge 12. tabb. de curatoribus propter ætatem adoleſcen-
tibus dandis nihil cautum eſſet, neque certum ullum
remedium adverſus captiones, & circumſcriptiones ,
quibus hæc ætas obnoxia, introductum, lata poſtea eſt
lex Lætoria , qua & circumſcriptioni adoleſcentum
abunde proviſum eſt , atque inſuper permiſſum cu-
ratores adoleſcentibus dari , non promiſcue tamen ,
ſed laſcivioribus & diſſolutius viventibus, aut qui in-
genio nimis hebeti eſſent , mentiſve ſuæ non ſatis
compotes , & fortaſſis ob alias etiam cauſas , quas
exprimere & magiſtratui probare debebant, qui cu-
ratorem iis dari poſtularent. Quod quoniam odioſum
erat , & pudorem eorum, quibus curator dabatur ,
ſuggillabant, tandem M.Antoninus Philoſophus de cu-
ratoribus ita ſtatuit , *ut omnes adulti curatores accipe-*
rent non redditis cauſis ; auctore Capitolino *in Marco .*
*cap.*11. Horum autem verborum hunc eſſe ſenſum appa-
ret, ut deinceps ex conſtitutione Antonini omnes ado-
leſcentes indiſcriminatim curatores accipere poſſent, re-
miſſa neceſſitate allegandi & probandi cauſas , ob quas
peterentur, quod exigebat lex Lætoria: non,inquam:
ut inviti acciperent , ſed ut ſine periculo exiſtima-
tionis , ſi vellent, curatorem habere poſſent. (Me-
minit legis Lætoriæ etiam Cic. III.*de offic. cap.* 15. *&*
III. *de nat. Deor. cap.*30. Plautus *in Pſeud.act.*1.*ſcen.*3.
*v.*6). quinam-vicenariam appellat ut nonnulli exiſti-
mant .) Nulla igitur ratio eſt , cur Triboniani incu-
ſemus oſcitantiam , cum ne quidem poſt conſtitutio-
nem Antonini inviti adoleſcentes curatorem accepe-
rint . Quid ergo reſpondemus ad ea , quæ huic ſen- 2
tentiæ paulo ante objecimus ? Nempe quod Imp. ini-
tio *hujus tituli* ait , puberes uſque ad viceſimum
quintum annum curatores accipere , de volentibus &
petentibus accipiendum eſſe , *arg. hujus* §. junct. *l.* 2.
§. *pen. & ult. qui pet. tut. vel cur.* cui & ſubjecta ab
Imp. ratio accommodanda eſt. Ulpianum autem *l.*1.
§. *ult. de min.* de effectu curæ jam conſtitutæ lo-
qui , cujus ea vis ſit , ut minores , quibus petentibus
ſemel curator datus eſt, hujus curatoris auxilio uſque
ad annum 25.regi debeant:nec poſſit magiſtratus eum,
quem ſemel curatorem dedit , a munere ſuo remo-
vere , minoribuſque ob id quod jam amplius ſub cu-
ra vivere non lubeat, rerum ſuarum adminiſtratio-
nem reſtituere , *arg. l.* 2. *&* 3. *in pr. eod.tit.* ubi hu-
juſmodi magiſtratuum decreta ut ambitioſa Impp. in-
terpretantur, & improbant : quoniam ſolius Principis
ſit ætatis veniam concedere : adi & Franc. de Amaya
lib. 1. *obſ. jur. cap.*9. VINN. Quum crucem figat hic
paragraphus viris doctiſſimis : rem exemplo Vinnii
noſtri a capite arceſſemus . Legibus XII. tabularum
ſoli furioſi accipiebant curatores. Nam quamvis vul-
go & prodigos addant ob *l.*13. *ff. de cur. furioſ.* §. 3.
Inſt. h. t. & Ulpian. *fragm. tit.* 12. §. 1. vix tamen
dubitaverim, quin id intelligendum ſit eodem modo,
quo & legitima patronorum tutela e XII. tabulis repe-
titur . §. *un. de leg. patr. tut.* Nam in *l.*1. *ff. de curat.*
furioſ. moribus id initio introductum eſſe ſcribitur, id
eſt , ut ego interpretor interpretatione prudentum ,
qui furioſis adſimilabant prodigos, quia & ipſi furio-
ſum rerum ſuarum faciebant exitum . *l* 12. §. 2. *ff. de*
tut. dat. l. 1. *pr. ff. de cur. fur.* Quia ergo curatio quo-
dammodo ignominioſa habebatur , ei non ſuberant
adoleſcentes , niſi ipſi peterent , idque cautum fue-
rat lege Lætoria . Vulgo equidem exiſtimant , hac
lege tantum adoleſcentibus dementibus & laſcivis da-
tos eſſe curatores ; eamque ſententiam ipſe ſequutus
ſum in *Antiqu.Rom. l* 1. *tit.*23. §.6. ſed ſic vix novi
quid ſanxiſſet M.Antoninus, quum jampridem omnes
dementes & prodigi curatores ex lege XII. tabula-
rum earumque interpretamentis acceperint . Fefellit
ergo pleroſque locus Julii Capitolini *in vita Marci*
*cap.*10. *De curatoribus vero quum ante non niſi ex lege*
Lætoria, vel propter laſciviam vel propter dementiam ,
darentur , ita ſtatuit , ut omnes adulti curatores accipe-
rent, non redditis cauſis. Verum non dicit Capitolinus,
ex Lege Lætoria tantum dementibus & laſcivis curato-
res datos eſſe , ſed ante Antoninum fuiſſe trium ge-
nerum curatores , alios ex lege Lætoria datos eſſe
adoleſcentibus , alios ob laſciviam ex moribus, alios
ob dementiam ex legibus XII. tabularum . Addit
deinde , quid novi ſanxerint Antoninus, nimirum, *ut*
omnes adulti curatores acciperent , non redditis cauſis.
Ergo ex lege Lætoria curatores accipiebant adoleſcen-
tes , non omnes , ſed , qui peterent , & quidem cauſ-
ſa probata. Adoleſcentes ergo non inviti accipiebant :
ſed petentes . Petendi vero plures eſſe cauſſæ pot-
erant, quia nemo temere cum minoribus vellet con-
trahere , & horum tamen intereſſet , ut contractus
iniretur . Quum vero plerumque curatores peterent ,

ſi quam

ſi quando contrahere vellent æs alienum; ſapienter additum fuerat legi Lætoriæ, curatores iis datum iri *redditis cauſſis*. Procul dubio enim inquiſivit prætor, quod negotium explicaturus eſſet minor, & an expediret illi curatorem dari? Talis fuit lex Lætoria. At aliter Marcus Imp. rationes iniit, qui omnes minores curatores accipere juſſit, non redditis cauſſis. Recte ergo *l.* 33. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* dicitur, *officium tutorum, curatoribus conſtitutis, finem accipere.* Recte in *l.* 1. §. 3. *ff. de min. omnes adoleſcentes in ætatem uſque* XXV. *annorum curatorum auxilio regi*, dicuntur. Ita enim omnino ſeſe res habere cœpit poſt Marci conſtitutionem. Quid ergo de verbis Juſtiniani, qui invitos negat curatores accipere? An cum Rævardo *lib.* 1. *Var. cap.* 17. inſcitiæ arguemus Tribonianum, jus ex lege Lætoria antiquum pro novo & recepto obtrudentem? Quaſi vero veriſimile ſit Tribonianum in re dupondii nota errare potuiſſe. An cum Vultejo §. noſtrum de curatore in litem, vel cum Vinnio *l.* 1. *ff. de min.* de eo qui jam curatorem accepit, interpretabimur? At neutram conciliandi rationem verba admittere videntur. Potius dixerim, etiam poſt Marci conſtitutionem non niſi petentes accepiſſe curatores: eumdem tamen imperatorem voluiſſe, ut omnes acciperent. Prius ex *l.* 13. §. *ult. ff. de tut. & cur. dat. l.* 2. §. *penult. & ult. ff. qui pet. tut.* poſterius ex Julio Capitolino patet. Invenienda ergo erat ratio, qua adoleſcentes veluti cogerentur curatores petere. Et id eo modo facile fiebat, quod non prius tutela finita crederetur, quam quis curatorem petiiſſet. Quo pertinent *l.* 33. §. 1. *ff. de admin. & per. tut.* & *l.* 5. §. 5. *ff. eod.* Non ergo obtrudebatur curator invitis; ſed dabatur petentibus. Petere autem debebant omnes, quia non prius rerum ſuarum adminiſtrationem accipiebant, quam petiiſſent. His ambagibus opus videbatur, quia vulgo curatelæ minorum ignominioſi quid ineſſe videbatur. *l.* 3. *C. de in integr. reſt.* Atqui multi adoleſcentes, inquis, olim ſine curatoribus res ſuas adminiſtrarunt; idque diſcimus ex *l.* 7. §. 2. *ff. de min.* & *l.* 3. *C. de in integr. reſtit.* Reſpondeo id ad factum non ad jus pertinere. Nam & impuberes aliquando negligentia eorum, qui tutores petere tenebantur, ſine cuſtodibus erant, uti ex toto titulo *qui petant tut. vel curat.* colligimus: nec tamen inde ſequitur, ut exiſtimemus, in arbitrio fuiſſe impuberum, ſine tutoribus agere mallent, an cuſtodi ſubeſſe. Hæc paullo prolixius, quia vulgo parum accurate traduntur. Hein.

Præterquam in litem) Sive litem minor intendat, ſive excipiat, *l.* 2. *C. qui leg. perſ. ſtand. in jud.* quod ideo comparatum eſt, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adverſarius eluſorio judicio lædatur, cum ſententia adverſus minores indefenſos lata nullius momenti ſit, *l. contra.* 54. *de re jud.* Idem & in aliis rebus ſimili æquitatis ratione receptum, veluti ſi debitor velit aut cogatur minori ſolvere, *l.* 7. §. 2. *de min.* ſi is, qui tutor fuit, rationem adminiſtrationis ſuæ reddere deſideret, *l.* 7. *C. qui pet. tut.*

Ad certam cauſam) Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur: una eſt, quod curator non detur invito, tutor invito detur, *l.* 6. *de tut. & cur. dat.* altera quod curator ad certam cauſam dari poteſt, tutor non poteſt, §. *certæ.* 4. *ſup. qui teſt. tut. dar.* Neutrum autem horum moribus hodiernis obſervatur, ut alibi oſtendimus.

Textus.

De furioſis & prodigis.

3. *Furioſi quoque & prodigi, licet majores viginti quinque annis ſint, tamen in curatione ſunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed ſolent Romæ præfectus urbi, vel prætores, & in provinciis præſides, ex inquiſitione eis curatores dare.*

Notæ.

3. *Furioſi quoque*) *l.* 1. *D. de cur. fur.* Ulp. *tit.* 12. §. 1. Cic. II. *de Invent. c.* 50. & III. *Tuſc. c.* 5.

Prodigi) Quibus diſſolute viventibus bonis interdictum, *l.* 6. *de verbor. oblig.* §. 2. *infr. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Ulp. *d. loc.*

Commentarius.

1. *Prodigo ne ipſo jure, ſive eo ipſo, quod prodigus eſt, bonis interdictum intelligi debeat; an vero ad id requiratur ſententia magiſtratus.*

Non uti tutela quædam impuberum legitima eſt, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter ſpem certam ſucceſſionis, *l.* 1. *de legit. tut.* Cura autem nulla ob ætatem lege delata eſt, quia puberes teſtamentum facere, & præteritis agnatis, quem velint, ſibi hæredem inſtituere poſſunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, a lege curatores dentur: nimirum, quia furioſi & prodigi, qui non magis, quam impuberes, teſtamentum facere poſſunt, certos ſucceſſores habent agnatos, quos ideo & curatores eſſe lex voluit.

Licet majores) Et magis igitur ſi minores ſunt. Nam lex omnes furioſos & prodigos ſolis pupillis exceptis in curatione agnatorum eſſe voluit. Ceterum poſtquam minores omnes ex oratione D. Marci curatores accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioſo, non ut furioſo, ſed ut adoleſcenti dari: non propter furorem, ſed propter ætatem, *l.* 3. §. 1. *D. de tutel.* quem locum non videtur inſpexiſſe D. Bachovius, ſed principium duntaxat *d. l.* 3. ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Faber. 1. *Juriſpr.* 12. *pr.* 1. *illat.* 6. contendit, *d.* §. 1. Triboniani eſſe, & a juris ratione alienum: nam cum curator minoris non perſonæ, ſed rebus detur, furioſi contra perſonæ, intereſſe furioſi, quaſi furioſo potius, quam quaſi adoleſcenti, curatorem dari. Bella ratio. Credo, ne alioqui nuptiæ a furioſo ſine conſenſu curatoris contractæ ratæ ſint, aut ex negotio geſto ſaltem cum auctoritate curatoris obligetur. Ex profeſſo cum Fabro congreditur eximius Juriſconſultus Franc. de Amaya *lib.* 1. *obſ. jur. c.* 8.

Ex lege duodecim tabularum) *L.* 1. *l.* 12. *de curat. fur.* Ulp. *tit.* 12. §. 1. Verba legis recitat M. Tullius *lib.* II. *de Invent.* *c.* 50. & III. *Tuſcul. c.* 5. Si *furioſus exiſtat, agnatum gentiliumque*

liumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto. Unde nonnulli exiſtimant, legem de prodigo nihil nominatim caviſſe, ſed per interpretationem ita acceptam eſſe, propter ſucceſſionis emolumentum, quod ut furioſo, ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos eſt, *arg. tit. de leg. patr. tut. ſupra*: quanquam apud noſtros hujuſmodi diſtinctio non reperitur. Prodigum definit Ulp. *d. l.* 1. eum, qui neque modum neque finem impenſarum habet, ſed bona ſua dilacerando & diſſipando profun-
1 dit. Unde vulgo quæri ſolet, an prodigus intelligendus ſit, qui facto talis eſt, an vero decretum magiſtratus expectandum? hoc eſt, an ipſo jure & lege 12. tabb. diſſolute & luxurioſe viventi bonorum adminiſtratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis eſſe ſententia magiſtratus declaratus eſt? Dicendum, eum, qui moribus talis eſt, qualis in *d. l.* 1. deſcribitur, revera quidem & ethice prodigum eſſe, (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & ſententia judicis; ſed propriam naturam & formam habent,) ceterum quoad rerum ſuarum adminiſtrationem neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea adminiſtratio cauſa cognita, decreto magiſtratus, ei adempta ſit: cujuſmodi decreti extat vetus formula apud Paul. III. *ſent.* 4. Nimirum bonorum adminiſtrationis ademptio ſive interdictio non juris eſt, ſed juriſdictionis, hoc eſt, nemini ſpeciatim bonorum adminiſtrationem lex interdicit, ac ne poteſt quidem interdicere: ſed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magiſtratus, quos prodigos eſſe, cauſa cognita, conſtabit; eumque, cui bonis publice interdictum eſt, vult eſſe in curatione agnatorum, Ulp. *d. tit.* §. 1. *fac.* §. 2. *inſ. quib. non eſt perm. fac. teſt. l.* 6. *de cur. fur.* qui tamen & lege interdici bonis dicitur, *d. l.* 1. *de cur. fur. l.* 18. *qui teſt. fac. l.* 5. §. 1. *de acq. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & quia a lege curatorem & adminiſtratorem bonorum accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius II. *ſerm.* 3.

—— Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos.

Furioſi alia ratio eſt: nam cum furor per ſe emineat, ut furioſo bonis a magiſtratu interdicatur, non requiritur: at vero, an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumſtantiis æſtimandum eſt, de quibus magiſtratum cognoſcere & pronuntiare oportet; ne quis temere in hominem ſui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, poteſtatem aliquam ſibi uſurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus, receptis ſanis moribus, & cum frugalitate in gratiam reverſus, deſinit ipſo jure eſſe in curatione, *d. l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magiſtratus: utique neceſſe eſt, ut publice & aperte de eo conſtet, uti communiter DD. noſtri, teſte Angelo, ſtatuunt. Atque hoc etiam concedo, ſi quis contraxerit cum manifeſte luxurioſo, eoque, quem ſciebat, pecuniam illico male conſumpturum, dici poſſe, eſſe quod ſibi imputet, *arg. l.* 8. *pro emt.* Vigl. *in* §. 2. *inſ. quib. non eſt perm. teſt. fac.* Mynſ. *hic.* Gail. II. *obſ.* 51. Paul. Buſ. *ad l.* 6. *de verb. obl.* Ant. Fab. *C. ſuo. de cur. fur. def.* 7. *Decher.* II. *diſſ.* 8. *num.* 8. D. Tuld. *hic cap.* 4. & *ad tit. C. de cur. fur.* Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 163. Noſtris moribus ſemper requiritur ſententia declaratoria ejuſque publicatio, teſte Grot. 1. *manud.* 11. add. Jod. Damhoud. *c.* 8. *de tut. & cur. mun. num.* 26.

Sed ſolent Romæ) *L.* 1. *de cur. fur. l.* 8. §. *ult. de tut. & cur. dat.* qua tamen in re, quam minimum poteſt, magiſtratus a lege duodecim-tabb. recedit: nam aliis adminiſtrationem dare non ſolet, niſi agnati aut nulli ſint, aut minus idonei. *l.* 13. *de cur. fur.* ut non abſolute hæc cura ex legitima facta ſit honoraria.

Textus.

De mente captis, ſurdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & ſurdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt) curatores dandi ſunt.*

Commentarius.

Mente captis) Furioſus utique & mente captus, hoc eſt demens ſive amens: nam furor definitore Cicerone III. *Tuſc.* eſt *mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen ſeparantur, ut in *l. diem proferre.* 27. §. *coram.* 5. *de recept. arb. l.* 2. *de inoff. teſt. l. ult.* §. 1. *C. de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l.* 8. *de tut. & cur. dat. l.* 6. *de cur. fur.* mente captus ἄνους, ἀνόητος: furioſus μανιώδης. Cic. *in Piſon. c.* 20. *Ego te non vecordem, non furioſum, non mente captum, non tragico illo Oreſte aut Athamante dementiorem putem?* Hoc autem diſtare furioſum a mente capto interpp. noſtri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Oreſtem; hic magis in quiete ſit, nec ulla fere ſigna oſtendat extrinſecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum eſt. Furioſorum autem duo ſunt genera; nam in quibuſdam morbus perpetuus eſt; & continua mentis abalienatio; in quibuſdam remiſſionem & intervalla habet, *l.* 14. *de off. præſ. l.* 12. §. 2. *de judic. l. ſi cum dotem.* 22. §. *ſi maritus.* 7. *ſol. matr. l.* 6. *C. de cur. fur.*

Surdis & mutis) De ſurdis & mutis eſt in *l.* 8. §. 3. *de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea cauſa ſunt, ut ſupereſſe rebus ſuis non poſſint, *l.* 12. *eod. tit.* de cæcis nihil cautum: quippe qui rei ſuæ familiari, ſi nihil aliud impediat, ſatis bene præeſſe poſſint.

Textus.

De Pupillis.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta, ſi legitimus tutor non ſit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non poteſt. Item ſi teſtamento datus tutor, vel a prætore aut præſide, idoneus non ſit ad adminiſtrationem, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret, ſolet ei curator adjungi. Item [illegible] tutorum, qui non in perpetuum, ſed ad tempus a tutela excuſantur, ſolent curatores dari.*

No-

Notæ.

5. *Curator adjungi*) L.10. §.*ult. de excuſ.* l.13. *de tutel. l.* 2. *C. in quibus cauſis tut.* legitimo tutori etiam ſuſpecto, *l.* 9. *de ſuſpect. tutor.* alibi tamen tutor appellatur, *l.* 12. *de tutel.* l. 14. & *ſeq. de tutor. dat.*

Commentarius.

Habenti tutorem tutor dari non poteſt) Regula juris civilis paſſim in hoc argumento tradita, *l. idem fiet* 27 *de teſt. tut. l. cum jure* 9. *C. qui pot. tut. l. ſi ſororis* 9. *C. qui dar. tut.* &c. Cujus vera ratio eſt, quæ a Weſembecio redditur, quod cum tutor perſonæ pupilli & univerſo ejus patrimonio datus intelligatur, §. *datus* 37 *inſ. de excuſ.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, ſine injuria adimi aut minui non poſſit appoſito alio tutore. Curator autem recte adjungitur juvandi & ſublevandi tutoris cauſa; & volenti ac petenti item tutor. Ceterum nullum uſum hæc regula hodiernis moribus habet, Grot. *lib.* 1. *introd. c.* 7. & jure Romano non unam exceptionem. Nam primo habenti tutorem tutor dari poteſt aliarum rerum, *l. propter litem* 21. §. *ult. de excuſ.* nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habet, *l. tutores* 39. §. *patruus* 8. *de adm. tut.* Deinde ſi tutor furere cœperit, aut mutus vel ſurdus factus ſit, complura Senatuſconſulta facta eſſe Cajus auctor eſt, ut in ejus locum alius tutor detur, *l. pen. de tutel.* Idem denique traditum eſt, ſi tutor reipubl. cauſa abeſſe cœperit, aut ab hoſtibus receptus ſit, aut relegatus, *l.* 12. & *l.* 15 *eod. l.* 1. & *l. pen. C. in quib. caſ. tut. hab.* Quod tamen & ipſum in pleriſque cauſis non eſt perpetuum: nam alibi legimus ob morbum aut inſaniam tutoris curatorem interim dari, *l.* 10. §. *ult. de excuſ.* item propter abſentiam eorum omnium, qui ad tempus excuſantur, *l.* 15. & *l. ſeq. de tut.* & *cur. dat.* Exiſtimo, prætorem pro qualitate morbi aut diuturnitate abſentiæ modo tutorem, modo curatorem dediſſe, veteresque hiſce nominibus promiſcue ſæpe uſos.

Nec tamen fraudulenter) Nam fraudulenter in re pupilli verſanti non curator adjungitur, ſed tutela interdicitur, *l.* 6. *C. de ſuſp. tut.* §. *ult. inſ. eod.* Hæc autem clauſula in legitimo tutore omiſſa eſt, cujus exiſtimationi propter neceſſitudinem parcitur, etiamſi quid forte peccaverit; & curator ei potius adjungi ſolet, quam ut notata fide a tutela removeatur, *l.* 9. *de ſuſp. tut.*

Sed ad tempus) Quod reipubl. cauſa abſint, *l.* 15. *de tut. dat.* aut ob aliam neceſſariam aut juſtam cauſam, *l.* 16. *eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excuſatur, alius tutor ſufficitur, *l.* 11. §. 1. *de teſt. tut. l.* 1. *C. in quib. caſ. tut. hab.*

Textus.

De conſtituendo actore.

6. *Quod ſi tutor vel adverſa valetudine, vel alia neceſſitate impediatur, quominus negotia pupilli adminiſtrare poſſit, & pupillus vel abſit, vel infans ſit, quem velit actorem, periculo ipſius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto conſtituet.*

Notæ.

6. *Actorem*) Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l.* 13. §. 1. *de tutel.*

Conſtituet) Id eſt, decernet editum, & nominatum a tutore, & ob hanc cauſam etiam periculo tutoris, *l.* 24. *de adm. tut.* & *l.* 13. §. 1. *de tutel.*

Commentarius.

Non ſemper ex cauſis, quas diximus, tutori curator a magiſtratu additur; ſed ſolet decreto prætoris actor conſtitui periculo tutoris, quotieſcumque aut diffuſa negotia ſunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id poſtulat, *l. decreto* 24. *de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l.* 13. §. 1. *de tutel.* Curator quoque ex iiſdem cauſis ſimiliter actorem dat, *l. un. C. de act. a tut. ſeu cur. dand.*

Vel abſit, vel infans ſit) Nam ſi præſens ſit & fandi potens, nihil neceſſe eſt prætorem adire actoris decreto conſtituendi cauſa, cum pupillus, ut dominus, auctore tutore procuratorem conſtituere poſſit, *d. l. decreto* 24. *de adm. tut. l.* 11. *C. de proc.*

Periculo ipſius tutoris) Quamvis tutor curatoris ſibi adjuncti periculum non præſtet: actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris conſtituitur, licet decretum interveniat, *d. l.* 13. §. 1. *de tutel. d. l. decreto* 24. *de adm. tut.* Hoc ideo, quia is, qui nominat, idoneum eſſe promittere videtur, *arg. l.* 1. *de mag. conv. l.* 4. §. 3. *de fidej.* & *nominat.*

Titulus Vicesimusquartus.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. *tit.* 7. *Cod. lib.* 5. *tit.* 57.

Continuatio, & Argumentum Tituli, cum ſumma plerorumque, quæ tutelæ & curæ communia.

Hactenus dictum eſt de tutoribus & curatoribus diſtincte & ſeparatim, expoſitumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ ſint propria. Quæ nunc ſequuntur, ſatiſdatio, excuſatio, ſuſpecti accuſatio & remotio, promiſcua ſunt, & utriuſque muneris communia. Quamobrem quæ forte de uno genere brevitatis cauſa dicemus, ea de altero quoque intelligenda ſunt. Hic autem titulus, quamvis ſimplicem inſcriptionem, duo tamen capita habet: unum eſt de ſatiſdatione a tutoribus

bus in præparatione ad officium exigenda, cui reſpondet titulus in Pand. *rem pup. ſalv. for.* alterum de magiſtratibus in ſubſidium conveniendis: de quo *tit. Pand. & C. de mag. conv.* Præter ſatiſdationem & duæ aliæ res ſunt, quæ hic omiſſæ a tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, inventarii rerum pupillarium confectio, *l. 7. de adm. tut. l. ult. C. arb. tut. l. tutores 24. C. de adm. tut.* de quo adi Chriſtin. *vol. III. deciſ. 151. n. 6. & ſeqq. & deciſ. 163. n. 7. & ſeqq.* Grot. *in manud. 9.* deinde ut jurent, ſe rem ex fide atque ad utilitatem curæ ſuæ commiſſorum geſturos eſſe, *Nov. 72. c. ult. unde auth. quod generaliter. C. de cur. fur.* Ad hæc pro officio adminiſtrationis bona tutoris & curatoris pupillo & adoleſcenti tacite pignori ſunt obligata, *l. pro officio 20. C. de adm. tut. & ibi DD.* Chriſtin. *d. deciſ.* 151. Poſtremo in eo quoque eadem conditio eſt tutorum & curatorum, quod bona pupilli minoriſve immobilia, atque ex mobilibus, quæ ſervari poſſunt, alienare eis non licet ſine cognitione & decreto judicis, *l. lex quæ 22. C. de adm. tut. & ib. DD.* add. Chriſtin. *d. deciſ.* 151. *cum ſeqq.*

Textus.

Qui ſatiſdare cogantur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui quave in curatione ſunt, negotia a curatoribus tutoribuſve conſumantur vel diminuantur, curet prætor, ut & tutores & curatores eo nomine ſatiſdent. Sed hoc non eſt perpetuum; nam tutores teſtamento dati ſatiſdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipſo teſtatore adprobata eſt. Item ex inquiſitione tutores vel curatores dati ſatiſdatione non onerantur: quia idonei electi ſunt.

Notæ.

Eo nomine ſatiſdent) Id eſt pupillum vel adultum datis fidejuſſoribus ſecurum faciant, *l. 1. & paſſ. D. rem pup. ſalv. for.* hoc enim eſt ſatiſdare. Græci ἐγγύας παρέχειν. Prætoriæ ſtipulationes, qualis hæc eſt, cautionem pignoratitiam regulariter non admittunt, *l. 7. de ſtip. præt.*

Teſtamento dati) Ut & ex teſtamento confirmati, *l. 5. de conf. tut.* paternum teſtimonium pro ſatiſdatione ſufficit, *l. 7. §. 5. D. de curat. fur.* neque enim tutor a patre niſi ſpectatæ fidei, & diligentiæ eligi ſolet. *l. 36. de excuſ.* excipe caſus, *l. 8. cum 2. ſeqq. de conf. tut.*

Ex inquiſitione) *l. 4. C. de tut. qui ſat. non ded.* & regula eſt, ubi locus eſt inquiſitioni, ceſſat ſatiſdatio. *l. 8. de cur. fur. l. ult. §. 7. de adm. rer. ad civ. pertin.* Fides enim inquiſitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Pap. *l. 13. in fin. de tut. dat.*

Commentarius.

1. *Quando pignora in vicem ſatiſdationis admittantur?*
2. *Plures fidejuſſores unius tutoris beneficium diviſionis non habere. At ex perſona plurium tutorum actionem inter fidejuſſores dividi.*
3. *Nullum eſſe genus tutorum, in quo non aliqui ſatiſdandi lege ſoluti.*
4. *Quid circa ſatiſdationem, & nonnulla alia, apud nos obſervetur?*

Eo nomine ſatiſdent) Satiſdare proprie eſt, fidejuſſoribus datis cavere, *l. 1. qui ſatiſd. cog.* Atque hoc prætoriæ ſtipulationes regulariter deſiderant, *l. prætoria 7. de præt. ſtip.* nimirum quia prætor fere cavere jubet de eo, quod intereſt, nec certam æſtimationem habet, ideo pignora dari noluit; cum ſciri non poſſit, quæ & qualia deponenda ſint. Sed & pignora multis caſibus ſunt obnoxia, multa etiam incommoda, & tædioſam habent cuſtodiam; quod notat Caſtr. ad *d. l. 1. qui ſatiſd. cog.* 1 Quod ſi cautio pro re certa aut quantitate præſtanda ſit, etiam pignora admittit, *l. 1. §. jubet 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Itaque ſatiſdare tutelæ aut curæ nomine eſt, ſtipulanti pupillo vel adoleſcenti; ſive alii, cui de ea re ſtipulandi jus eſt, promittere ſe pupillum vel adoleſcentem indemnem præſtiturum, datis in eam rem fidejuſſoribus, qui quod tutorem ex ea cauſa præſtare oportebit, ſpondeant; unde hæc cautio dicitur ſatiſdatio de indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & paſſim ſatiſdatio rem pupilli vel adoleſcentis ſalvam fore. 2 Si plures fidejuſſores a tutore dati ſunt, ſinguli in ſolidum tenentur, & conveniri poſſunt; neque beneficium diviſionis, quod ceteri fidejuſſores ex epiſtola D. Adriani habent, ad fidejuſſores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. ſalv.* Ceterum ex perſona plurium tutorum inter fidejuſſores dividitur actio, *l. 6. de fidej. & nomin. l. 1. §. & ſiquidem 11. de tut. & rat. diſtr.* Pertinet vero hæc ſtipulatio etiam ad curatores furioſorum & prodigorum, *l. 4. §. ult. rem pup. ſalv. for.* &, ſiquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fidejuſſoribus cedere incipit; in curatore ſtatim atque quæque res ſalva non eſſe cœperit, *d. l. 4. §. 4.* Porro quicquid in judicium tutelæ venit, id etiam hac ſtipulatione continetur; ac proinde non tantum damna illata, ſed etiam lucra neglecta, *l. 9. d. tit. l. 1. de tut & rat. diſtr. l. ſi tutor 15. de adm. tut.* Vinn. Recte Vinnius, ſtipulationem pro tutore committi demum finita tutela. Ita enim diſerte Ulpian. *l. 4. §. 4. ff. rem. pup. ſalv. fore.* Sed turbare videtur *l. 11. ff. eod.* ubi Neratius: *Cum rem ſalvam fore pupillo cavetur, committitur ſtipulatio, ſi quod ex tutela dari fieri oportet, non præſtetur.* Unde quidam ajunt, ſtipulationem ſtatim committi, tutore non præſtante, quod eum facere oportebat, ſed agi demum poſſe, finita tutela. Verum ſalva res eſt. Non agit Neratius de tempore, quo committatur ſtipulatio, ſed de modo, quo committatur, adeoque ea conciliandi ratione non opus videtur. Hein.

Sed hoc non eſt perpetuum) Hoc adeo perpetuum non eſt, ut exceptiones latius patere videantur, quam ipſa regula: nullum enim genus tutorum eſt, in quo non aliqui ſatiſdandi lege ſoluti ſint; 3 teſtamentarii in univerſum, *l. teſtamento 17. de teſt. tut. l. 3. & 4. C. de tut. vel cur. qui ſat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni eorumque liberi, *l. 5. §. 1. de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquiſitione, *hoc text. & l. pen. C. d. tit.* At cur hos omnes a ſatiſdatione immunes eſſe placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Reſpondemus,

inus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantum ubi illis ſatis bene proſpectum eſſe creditur, incivile viſum eſt, ſatisdationem exigi, viriſque ſpectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi ſunt, qui vel teſtamento, vel ex inquiſitione dantur, ob cauſas, quas mox exprimit Juſtinianus. Patrono autem liberiſque ejus etſi ſatisdatio remittitur, id tamen non fit niſi cauſa cognita, *d. l.* 5. §. 1. *de leg. tut.* Parentem autem manumiſſorem vel maxime hac lege ſolutum eſſe convenit.

Tutores teſtamento dati) Extra quam ſi facultatum dati a patre tutoris facta ſit deminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerſerit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarſerint, *l.* 4. *de teſt. tut. l.* 8. & 2. *ſeqq. de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitime teſtamento dati, aut omnimodo aut ex inquiſitione confirmandi ſunt, ſatisdatione non onerantur: ceteri ſatiſdant, *l.* 1. §. 2. & *aliquot ll. ſeqq. d. tit.* §. *ult. ſup. de tutel.* & *ib. not.*

Ab ipſo teſtatore approbata) Quippe parentes nemini tutelam liberorum ſuorum committere ſolent, niſi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis ſatis cognita perſpectaque ſit, *l. amiciſſimos.* 36. *de excuſ.* ut merito paternum teſtimonium pro ſatisdatione ſufficere debeat, *l. de creationibus.* 27. *C. de epiſc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.*

Quia idonei electi) Quam ob cauſam fidem inquiſitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinianus ſcribit, *l. ſi impuberi.* 13. *in fin. de tut.* & *cur. dat.* Olim apud nos nemo tutor idoneus ſine ſatisdatio-
k ne æſtimabatur: verum hodie prudentiæ & religioni eorum, qui rebus pupillaribus præſunt, ea res committitur, qui non ſolent ſatisdationem a tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando; præſertim ſi teſtamento dati ſint, quod & paſſim alibi obſervatur, Joan. a Sande *lib.* 11. *tit.* 9. *defin.* 9. Extat formula jurisjurandi in *Stat. tutelar. Rhijnland. art.* 22. Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui ſingulariter adminiſtratio conceditur, fidejuſſores aut pignora, prout res poſtulat, de conſilio propinquorum pupilli, exiguntur. Quæ majoris momenti ſunt, non niſi ſciente & conſentiente magiſtratu pupillari tutores facere poſſunt, niſi is magiſtratus teſtamento excluſus ſit; quo tamen caſu nihilominus ſuprema inſpectio, re exigente, penes eos eſt, qui tribunali præſunt, vid. Grot. 1. *manud.* 9. ubi etiam tractat, an tutores, & quinam mercedem adminiſtrationis petere poſſint? item, quando tutoribus liceat quæſtorem conſtituere? & quædam alia ad tutoris adminiſtrantis & quæſtoris conſtituti officium pertinentia.

Textus.

Quatenus ſatisdatio in iis, qui ſatisdare non compelluntur, locum habere poſſit.

1. *Sed ſi ex teſtamento vel inquiſitione duo pluresve dati fuerint, poteſt unus offerre ſatisdationem de indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & contutori ſuo, vel concuratori præferri, ut ſolus adminiſtret; vel ut contutor, aut concurator ſatis offerens præponatur ei, ut & ipſe ſolus adminiſtret. Itaque per ſe non poteſt petere ſatisdationem a contutore vel concuratore: ſed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori ſuo, utrum velit ſatis accipere, an ſatisdare. Quod ſi nemo eorum ſatis offerat, ſiquidem adſcriptum fuerit a teſtatore, quis gerat, ille gerere debet: quod ſi non fuerit adſcriptum, quem major pars elegerit, ipſe gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, Prætor partes ſuas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquiſitione datis comprobandum eſt, id eſt, ut major pars eligere poſſit, per quem adminiſtratio fiat.*

Notæ.

1. *Poteſt unus offerre*) Unius ex pluribus tutoribus ſatisdationi non obnoxiis provocatione fieri poteſt, ut ceteri ſatisdationi ſubjiciantur, aut huic parato ſatisdare adminiſtratio committatur, *l.* 17. & 2. *ſeqq. de teſt. tut.* cujus inſtituti rationem pete ex *l.* 3. §. 6. *de admin. tut.*

Si non fuerit adſcriptum) Aut adſcriptus gerere nolit, *d. l.* 3. §. 7.

Prætor partes ſuas interponere) Id eſt cauſa cognita ſtatuere, quis tutelam geret, *d. l.* 3. §. 7. *l.* 14. §. 1. *D. de ſolut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurſ.

Commentarius.

1. *Provocatione unius ex pluribus tutoribus ſatisdationi non obnoxiis fieri poſſe, ut ceteri ſatisdationi ſubjiciantur.*
2. *Tutelam non tam commode a pluribus, quam ab uno adminiſtrari: ideoque Prætori curæ eſſe, ut adminiſtratio in unum derivetur: & quis in ea re ordo.*

Hic locus exceptionem quandam continet eorum, 1
quæ de tutoribus teſtamento aut ex inquiſitione datis ſatisdatione non onerandis initio dicta ſunt: nam etſi directo ab his ſatisdatio exigi non poteſt, ſi tamen plures ſint hujuſmodi tutores, provocatione unius fieri poteſt, ut ceteri ſatisdationi ſubjiciantur, ſi huic parato ſatisdare adminiſtrationem committi nolint. Id quod ſumma ratione a Prætore introductum eſt. Nam cum periculum, adminiſtratione non diviſa, commune ſit omnium tutorum, &, quod culpa unius male geſtum eſt, alios quoque oneret: *l.* 6. *in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquiſſimum eſt, ut ei, qui hoc incommodum metuit, ſoli adminiſtratio permittatur ſatisdationem ad ſecuritatem collegarum offerenti, aut ſi ipſi adminiſtrare malint, eadem conditione adminiſtrent, collegamque ſuum, qui ſatis obtulit, præſtita cautione itidem ſecurum reddant. Porro quoniam 2
tutela non tam commode a pluribus, quam ab uno admini-

miniſtrari ſolet: (quippe plures ad adminiſtrationem admiſſi ſæpe diſſenſione aut æmulatione ſe invicem impediunt, ſæpe etiam, ut ait Ariſt. II. *pol.* 2. mutua præſumptione & fiducia operæ alterius omnes ceſſant: utique unus facilius & actiones exercet & excipit,) curæ Prætori fuit, ut, quoad fieri poſſet, in paucos, vel unum potius, tutelam derivaret, quam ut ea per multos ſpargeretur, *l.* 3. *§. apparet.*6. *de adm. tut.* eleganter D.Tuld. *c.* 3. & 4.*hic.* Hujus autem rei cauſa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonſtrat Juſtinianus. Primus eſt, ut ei, qui ex pluribus ſatisdationi non obnoxiis ſatisdationem offert, geſtio committatur, *l.* 17. *de teſt. tut.* Proximus, ſi nemo ſatis offerat, ut ei committatur, quem teſtator gerere voluit: cui male primum locum defert Hotom. *d. l.* 3. *§.* 1. *de adm. tut. l.* 14. *§.* 1. *de ſolut.* Tertius, ſi teſtator neminem deſignavit, ut is adminiſtret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l.* 3. *§. ſi non* 7. *d. l.* 14. *§.* 1. Quartus, ſi collegæ inter ſe diſſentiant, ut tum prætor partes ſuas interponat, & cauſa cognita ipſe ſtatuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit; quia vertitur præjudicium alterius, Gloſſ. *in verb. partes.* Enimvero hæc ita obtinent, ubi de tutelæ adminiſtratione uni aut paucis committenda agitur: nam ſi omnes gerere velint, aut tutelam inter ſe dividi vel in partes, vel in regiones, audiendi ſunt, ne inviti alienum periculum ſubire cogantur, *d. l.* 3. *§. pen.* & *ult. cum l. ſeq. de adm. tut.* Idemque eſt, ſi omnes parati ſint ſatisdare, *d. l.* 17. *de teſt. tut.* ut tamen maxime idoneum prætor eligere poſſit, *l. quod ſi.* 18. *d. tit.* Porro nec judicio teſtatoris ſemper in hac re ſtatur, nec ſatis offerens ſemper præfertur, ob cauſas, quas affert Ulpian. *d. l.* 3. *§.* 3. *de adm. tut. d. l.* 17. *§.* 1. & 2. *de teſt. tut.*

Per ſe non poteſt petere) Dativus vel teſtamentarius tutor ſive curator a collega ſuo ſatis petere non poteſt: ſed offerre ei debet, utrum ſatis accipere velit, an dare. *l.* 7. *rem pup. ſalv. fore.* Scilicet ita: aut ſatisda, aut ſatis accipe.

In pluribus ex inquiſitione) Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. fratrum: ſiquidem verba edicti ad teſtamentarios tantum pertinent, *l. ſi nemo* 19. *§.* 1. *de teſt.tut.* Illud hic prætereundum non eſt, etiamſi uni adminiſtratio decernatur, non idcirco tamen honorarios tutores; id eſt, eos, qui non adminiſtrant, per omnia immunes eſſe a periculo tutelæ; ſed excuſſis prius facultatibus ejus, qui geſſit, etiam hos conveniri poſſe, quippe quorum munus ſit, obſervare actus tutoris gerentis, rationes inſpicere, & male verſantem ſuſpectum facere, *d. l.* 3. *§.* 2. *de adm. tut.* D. Tuld. *cap.* 4.

TEXTUS.

Qui ex adminiſtratione tutelæ vel curationis tenentur.

2. *Sciendum autem eſt, non ſolum tutores vel curatores pupillis vel adultis cæteriſque perſonis ex adminiſtratione rerum teneri: ſed etiam in eos, qui ſatisdationem accipiunt, ſubſidiariam actionem eſſe, quæ ultimum eis præſidium poſſit afferre. Subſidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus ſatisdari non curaverunt, aut non idonee paſſi ſunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum reſponſis, quam ex conſtitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.*

NOTÆ.

Subſidiariam actionem) Quæ in ſubſidium pupillis datur, & adultis, excuſſis prius adminiſtratoribus, eorumque fidejuſſoribus. Vide fuſius in *Commentario* infra.

COMMENTARIUS.

1. *Qui quando præter tutores & curatores pupillis & minoribus teneantur, & quo quiſque ordine conveniendus?*

Pars hujus tituli altera, in qua agitur de actione ſubſidiaria, quæ pupillis vel adultis ceteriſque perſonis, tamquam ultimum præſidium, datur adverſus magiſtratus, qui ſatiſdationem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non eſſe, ubi teſtamento vel ex inquiſitione dati ſunt tutores: ſed uſum ejus eſſe poſſe in legitimis tantum, aut ſimpliciter datis, quos ſolos ſatisdationi obnoxios eſſe diximus.

Subſidiariam actionem) Quæ ex re ipſa hoc nomen accepit, quia in ſubſidium pupillis datur, ſi a tutoribus eorumve fidejuſſoribus ſuum conſequi nequeant; ut hæc actio ultimum eis ſit perfugium, & tanquam ſacra anchora, *l.* 4. & 5. *C. de Mag. conv.* Quo res melius intelligatur, ſciendum eſt, primo 1
loco conveniendos eſſe tutores eorumque hæredes: & ſi plures ſint tutores, eum qui geſſit, ejuſque ſucceſſores, *l. tutores.* 39. *§. in eum.* 11. *de adm. tut. l. ult. C. de div. tut.* quod ſi is ſolvendo non ſit, hoc ceteros onerare. Si omnes geſſerunt, unum eligi poſſe, & in ſolidum conveniri, *l.* 2. *C. d. tit. l.* 6. *arb. tut.* ſed electo tum triplici beneficio ſuccurri; diviſionis & cedendarum actionum, exemplo fidejuſſorum, *l.* 1. *§.* & *ſiquidem.* 11. *de tut.* & *rat. diſt. d. l.* 2. *C. de div. tut.* & inſuper utili actione adverſus contutores, ſi quid ex communi geſtu non mandatis actionibus præſtiterit, *d. l.* 1. *§.* & *ſi forte.* 13. Si nemo geſſerit, & omnes ſolvendo ſint, electioni itidem locum eſſe, eumque, qui convenitur, excipere poſſe periculi ſocietatem: ceterum ut actiones ſibi præſtentur, fruſtra deſiderare, *l. ſi plures* 38. *de adm. tut.* Quod ſi a magiſtratu vel teſtatore in partes ſeu regiones diviſa ſit tutelæ adminiſtratio, pro parte attributa quemque conveniendum eſſe, niſi cujus dolus aut culpa arguatur, quod collegam ſuſpectum non fecerit; aut fecerit quidem, ſed colluſorie aut everſis jam ejus facultatibus, *d. l.* 2. *C. de div. tut. l. Lucius.* 46. *§. pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur: verum qui adminiſtravit, ſi ſolvendo ſit, ejuſque ſucceſſores, primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porro & bona tutorum tum propter res geſtas, tum propter non geſtas pupillis eſſe obligata, *l. pro officio.* 20. *C. de adm. tut.* Mynſ. Schneid.

hic. Atque hic pupillo conſiſtendum, ſi a tutoribus ſatisdatum non eſt, quia teſtamento aut ex inquiſitione dati. Si vero tales ſint, ut ſatisdare debuerint, nec exacta ſit ſatisdatio, poſt tutores ſtatim ad magiſtratus venitur, qui officium ſuum in exigendo neglexerunt, ut *hoc text.* Exacta autem cautione proxime poſt tutores hæredesque eorum conveniuntur dati fidejuſſores, iiſque deficientibus, hæredes eorum. *l. 3. de fidej. & nom. & her. tut.* Atque ad extremum, excuſſis omnibus & adminiſtratorum & fidejuſſorum bonis, ſi ſolidum pupillus nondum conſecutus eſt, ſubſidiaria actio eſt in magiſtratus, qui ſatisdationem acceperunt. *l. Lucius. 46. §. pen. de adm. tut. l. 4. C. de Mag. conv.* Nonnunquam tamen prius ad magiſtratus venitur, quam ad contutores, ſi nimirum his nihil imputari poſſit, quod vel ſatis a contutore non exegerint, vel ſuſpectum eum non fecerint, *l. 1. §. uſque adeo. 15. de tut. & rat. diſt.* junct. *l. 14. de adm. tut. l. 2. & 3. de Mag. conv.* add. Weſ. *par. de adm. tut. n. 5. & de Mag. conv. per tot.* Chriſtin. *vol. III. deciſ. 156 nu. 6.*

Non idonee paſſi ſunt cavere) Quoties vitioſe cautum eſt, non videtur cautum, *l. 6. qui ſatiſd. cog.* Atque hic notant, paria eſſe, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc intereſt, quod ubi omnino cautum non eſt, ſtatim magiſtratus conveniri poſſunt; ubi cautum eſt, licet non idonee, fidejuſſorum bona prius excutienda ſunt, quam ad magiſtratus veniatur.

In hæredes) Non tamen ſimiliter tenentur hæredes magiſtratuum, ut ipſi magiſtratus, nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam magiſtratus quidem in omne periculum ſuccedit: hæres ipſius doli tantum, & dolo proximæ culpæ ſuccedaneus eſt, *l. 4. de Mag. conv. l. 2. C. eod.* Etenim ſi magiſtratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem omitteret, aut evidenter cum minus idoneis fidejuſſoribus contraheret, ipſum hoc caſu loco fidejuſſoris habendum placuit, *l. 6. eod.*

Textus.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. ***Quibus conſtitutionibus & illud exprimitur, ut niſi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.***

Commentarius.

Pignoribus captis) Pignora ideo dicuntur: quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinentur: eaque pars fuiſſe videtur multæ dictionis. Quod ſi in contumacia perſeverent, removendi a tutela, ut ſuſpecti, *l. 3. C. de ſuſp. tut.*

Textus.

Qui dicta actione non tenentur.

4. ***Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præſes provinciæ, neque quiſquam alius, cui tutores dandi jus eſt, hac actione tenebitur: Sed hi tantummodo, qui ſatisdationem exigere ſolent.***

Notæ.

4. *Qui ſatisdationem exigere*) In urbe ſcriba, in provinciis duumviri, *l. ult. C. d. tit. l. 3. §. ult. D. de pecul.*

Commentarius.

1. *An ipſi etiam magiſtratus majores cautionem exigere potuerint.*
2. *Moribus hodiernis perexiguum actionis ſubſidiariæ uſum eſſe.*

Cui tutores dandi jus eſt) Κατ' ἐξοχὴν, vel jus plenum & liberum quale item habent proconſules ceterique, quibus provinciæ regendæ commiſſæ, *l. 1. de tut. & cur. dat. l. 1. §. 1. D. de Mag. conv.* alioqui & magiſtratus municipales jus dandi tutores habent, ſed circumſcriptum, aut pendens ab arbitrio & juſſu majorum magiſtratuum, *l. 3. d. tit.* junct. §. *ſed hoc jure 4. ſup. de Atil. tut.* Locus hic deſcriptus ex *l. 1. §. 1. de Mag. conv.*

Qui ſatisdationem exigere ſolent.) Ut magiſtratus & defenſores civitatum, οἱ ςρατηγοὶ καὶ ἔκδικοι τῶν πόλεων, Theoph. Item ſcriba præſidis vel prætoris, *l. ult. C. eod.* ait, *exigere ſolent.* Potuitne ergo & ipſe prætor cautionem exigere? & potuiſſe 1
non dubito: *l. 2. & 3. rem. pup. ſalv.* Igitur & præſides potuerunt. Nuſquam tamen reperimus in eos actionem ſubſidiariam dari: ſed contra, generaliter non dari: fortaſſis propter eminentiam dignitatis eorum: vel quia abſurdum videtur, eis, qui ſine ſatisdatione tutorem dare poterant, fraudi eſſe, quod ſingulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum eſſet, fidejuſſores exegerint.
In his regionibus actioni ſubſidiariæ vix locus eſt, 2
ut ſupra quoque monuimus; neque in Germania uſum ejus teſtatur Treutl. *vol. II. diſp. 9. theſ. 7.* In Gallia quoque deſuetudine abrogatam ex Bugnion. *lib. 1. de leg. abrog. ſatyr. 2.* refert Gothofr. *ad rubr. C. de Mag. conv.* quod miror a Barone adnotatum non eſſe. Plane ſi quid dolo malo in ſatisdatione exigenda magiſtratus feciſſe convincantur, puta quod ſcientes & prudentes fidejuſſorem minus idoneum admiſerint, hoc caſu etiamnum eos teneri, tradunt D. Tulden. *ad d. tit.* C. *num. 3.* & Perez. *ibid. num. 4.* Chriſtin. *vol. III. deciſ. 181. num. 4. & 7.* Groenew. *de ll. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt Bugn. *præd. loc.* Pap. *lib. x. tit. 4. art. 10.*

TITULUS VIGESIMUS QUINTUS.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

D. *Lib.* 27. *Tit.* 1. C. *Lib.* 5. *Tit.* 62.

Ratio ordinis, & quadam προθεωρίας.

TRactationem de excuſationibus & ſuſpectis tutoribus in poſtremum hunc locum rejicit Juſtinianus, cum ageret de modis, quibus tutela finitur, §. *ult. ſup. quib. mod. tut. fin.* Hoc tit. agit de excuſationibus, ſequenti & poſtremo de ſuſpectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiſcuum eſt, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excuſare ſe nihil aliud eſt, quam juſtam cauſam apud magiſtratum allegare, ad obtinendam a tutela ſive delata ſive ſuſcepta immunitatem. Ajo; ſive delata, ſive ſuſcepta. Nam excuſationum uſus eſt & ante & poſt ſuſceptam adminiſtrationem, ut ex ſequentibus apparebit. Ajo, juſtam cauſam: nam niſi excuſatio juſta atque ad eam rem conſtituta cauſa nitatur, non eſt audienda. Etenim tutela munus publicum eſt, cujus ea conditio, ut id, niſi juſta cauſa afferatur, neque delatum detrectari, neque ſuſceptum deponi poſſit, *l.* 3. §. 1. *&* 4. *l.* 6. *de mun. & hon. l.* 1. & paſſim *de vac. mun. l.* 1. *de adm. tut.* Cauſæ excuſationum variæ ſunt: hic octodecim fere enumerantur, plures in *Pand.* & C. *hoc tit.* Atque harum omnium quædam certæ ſunt, & legibus ita definitæ, ut ſimpliciter ſint recipiendæ; cujuſmodi ſunt numerus liberorum, adminiſtratio fiſci, abſentia reip. cauſa, &c. aliæ arbitrariæ, quæ cauſa cognita a magiſtratu vel recipi, vel rejici poſſunt; quales ſunt, verbi cauſa paupertas, adverſa valetudo, imperitia literarum.

TEXTUS.

De numero liberorum.

Excuſantur autem tutores & curatores variis ex cauſis: plerumque tamen propter liberos, ſive in poteſtate ſint, ſive emancipati. Si enim tres liberos ſuperſtites Roma quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura poteſt excuſari, exemplo ceterorum munerum, nam & tutelam & curam placuit publicum munus eſſe. Sed adoptivi liberi non proſunt: in adoptionem autem dati naturali patri proſunt. Item nepotes ex filio proſunt, ut in locum patris ſui ſuccedant: ex filia non proſunt. Filii autem ſuperſtites tantum ad tutela vel cura muneris excuſationem proſunt: defuncti autem non proſunt. Sed ſi in bello amiſſi ſunt, quæſitum eſt, an proſint? Et conſtat eos ſolos prodeſſe, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

NOTÆ.

Propter liberos) Ex Mod. *l.* 2. §. 2. *& ſeqq.* D. *h. t. l.* 1. C. *qui num. lib.* vide fuſius in *Comm.* inf.

Publicum munus) *l.* 1. §. 4. *l. ult.* §. 1. *D. de mun. & hon. l.* 9. *de his qui ſui vel alien. jur.* nempe ratione neceſſitatis, proprie enim Reipubl. munus non eſt, *l.* 6. §. 15. *D. h. t.* vide *Comment.*

Adoptivi liberi non proſunt) Olim proderant, quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. v. 19.

Qui in acie amittuntur) *l.* 18. *hoc tit.* & ita cape Mod. *in l. ult. de vac. mun. in bello amiſſus.* Gell. 11. *c.* 25. *aut bello amiſit.* non per cauſam belli, in obſidione forte; ſed in acie, in prælio, Salluſt. *in eo bello trecenti milites deſiderati*, vide *Comm.*

COMMENTARIUS.

PRopter liberos) Romanis ſtudium fuit matrimonia omnibus modis invitare, quod publice intereſſe credebant, juſta ſobole repleri civitatem: quam ob cauſam & pœnis cœlibes, & maritos, qui liberos ſuſcepiſſent, præmiis affecerunt: quod effectum maxime legibus Juliis de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. ad *l.* 2. *hoc tit.* Lipſius *in comm. ad* III. *Annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppæa.* Hotom. *in deſcriptione legum Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit a muneribus civilibus, *l.* 1. *pr. l.* 2. *de vac. mun.* ac proinde etiam a tutela & cura. *l.* 2. §. 2. *h. t. l.* 1. C *qui num. lib.*

Sive emancipati) *l.* 2. §. 3. *hoc tit. l.* 2. §. *incolumes.* 5. *de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domeſticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo exiſtimant, quam ut præmium & remuneratio πολυπαιδίας. De jure trium liber. vide Duar. 1. *diſput.* 40. VINN. Et multo accuratiorem M. Vertran. Maurum *de jure liberorum.* HEIN.

Tres liberos Roma, in Italia quatuor &c.) *l.* 1. *C. qui num. lib. ſe exc.* Hinc apparet, diſcrimen aliquod loci adhuc relictum fuiſſe inter Latinos, provinciales, cæteroſque cives, qui urbem incolerent, etiam poſt conſtitutionem Antonini, in *l. in orbe.* 17. *de ſtat. hom.* quamvis omnes ex ea conſtitutione effecti ſint cives Romani; quod & alibi obſervare licet, §. *per traditionem.* 40. *inf. de rer. div. & inf. de uſuc. in princ.* itemque *in princ. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol-

Th.

Th. transfert & ad novam Romam, την Κωνςαντινούπολιν, & Thraciam, την Θρακην. Vinn. Fruſtra hoc præmium parentum Vinnius refert ad reliquias diverſorum jurium civitatis, Latii, & provinciarum. Hic enim non ad diverſos ſtatus hominum reſpicitur, ſed ad locum, ubi quiſque habitaret. Hinc civem in provincia quinque; provincialem Romæ tres liberi excuſabant. Simile privilegium pro diverſo loco habitationis diverſum eſt in *l.* 2. *C. Theod. de integr. reſtit.* Hinc nec *princ. Inſt. quib. al. licet.* huc pertinet. Alia enim eſt Italia, aliud *ſolum Italicum*. Illa Alpibus & utroque mari finitur: Hoc, ubicunque coloniæ Italici juris occurrebant, erat. Vid. V. C. Schulting. *Juriſp. Ant. p.* 619. Hein.

Exemplo ceterorum munerum) Perſonalium nimirum: nam a patrimonialibus muneribus, quæ rerum & poſſeſſionum proprie onera ſunt, numerus liberorum non excuſat, *l.* 2. §. 4. *l.* 10. *& ſeq. de vac. mun.* neque ab honoribus muneribuſque his cohærentibus, *d. l.* 2. §. 1. niſi major ſit, videlicet ſedecim liberorum, *l.* 5. §. 2. *de jur. imm.* aut minimum XII. *l. ſi quis* 24. *C. de decur.* quo tamen loco pro XII. ſubſtituendum eſſe XVI. exiſtimat Cujac.

Publicum munus) Tutela proprie non eſt munus publicum: neque enim rem publicam, ſed privatam pupilli tutor tractat: nec reipubl. peculiariter intereſt pupillis tutores dari, *l.* 2. *§. pen. in fin. ad municip.* ſed per conſequentias & improprie loquendo; quia ad curam publicam pertinet, orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l.* 2. §. 2. *qui pet. tut.* Hinc facile intelligitur, cur Modeſtinus neget tutelam eſſe munus reipubl. *l.* 6. §. *tutela* 15. *hoc tit.* Ad quid ſi dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis e populo non ſecus ac cetera munera, publice injungi poteſt?

Adoptivi liberi non proſunt) Quod & generaliter traditum eſt *d. l.* 2. §. 2. *de vac. mun.* & ratio eſt, quia hæc beneficia patribus data ſunt, qui numero civium rempubl. auxerunt. Meminit Tacitus xv. *Annal. cap.* 19. Senatuſconſulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodeſſent.*

In adoptionem dati proſunt) Ex quo manifeſte liquet, quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis eſſe beneficium πολυπαιδίας, quam levamentum oneris domeſtici.

Nepotes ex filio) Scilicet demortuo, *l.* 2. §. *non ſolum* 7. *hoc tit.* nam ex filio emancipato nati avo ideo non proſunt, quia ille ei prodeſt, & hi patri ſuo. Quod ſi plures ſint ex uno filio nepotes, non ſinguli ſingula capita conſtituunt, ſed unum univerſi, patremque omnes ſimul repræſentant, *d. loc.* quod & in ceteris muneribus obtinet, *l.* 3. *C. de his qui num. lib.* 10.

Ex filia non proſunt) Non quia in avi materni poteſtate non ſunt; nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in poteſtate patris manent, quos tamen prodeſſe conſtat, ſed quia duobus prodeſſe non debent: proſunt autem patri ſuo aut avo paterno, *l.* 2. *C. qui num. lib.*

Superſtites) *l.* 2. §. 4. *hoc tit. l.* 2. §. *incolumes* 5. *de vac. mun.* quippe hi ſoli & reipubl. uſui & parentibus oneri ſunt. Defuncti non proſunt, præterquam bello amiſſi; *d. tit.* Quod Ulp. *l. bello* 18. *hoc tit.* & Juſtin. *hic* de iis accipi volunt, qui in acie ſeu in prælio, ἐν τῇ συμπλοκῇ amiſſi ſunt, propterea quod hi pro republ. cecidiſſe intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cum ex ſtatuto ſecundo genitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui, reſponſum eſt, hoc locum non habere, ſi in acie primogenitus occubuiſſet. Ayala *lib.* III. *de jur. bell. c.* 7. *n.* 21. Qui vero per cauſam belli in obſidione, præſidiis, caſtris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l. bello* 18. De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclare M. Tullius *pro Planc. cap.* 37. *&* *Philip.* IX. *cap.* 2. Liv. *lib.* xxv. *cap.* 38. Diod. Sic. *lib.* xv. αντι θνητου σωματος αθανατον μνημα καταλειπουσιν. *in Lesbonact. hortat.*

T e x t u s.

De adminiſtratione rei fiſcalis.

1. *Item divus Marcus in ſemeſtribus reſcripſit, eum, qui res fiſci adminiſtrat, a tutela & cura, quamdiu adminiſtrat, excuſari poſſe.*

C o m m e n t a r i u s.

In *ſemeſtribus*) Crebra eſt ſemeſtrium D. Marci in libris noſtris mentio. Auctor eſt Suetonius *in Aug. c.* 35. Auguſtum ſemeſtria ſenatorum aliquot conſilia ſibi inſtituiſſe, cum quibus de negotiis ad frequentem ſenatum referendis ante tractaret. Dio *lib.* LIII. ſcribit, ex reliquo numero ſenatorum quindecim ad hoc ſorte lectos eſſe ἐς ἑξάμηνον. Quod exemplum Marcus ſecutus videretur, vid. Pet. Fab. *in præfat. ſemeſtr.*

Res fiſci) Vel etiam rem privatam Principis, *l. adminiſtrantes* 41. *hoc tit.* Huc referunt & exactores tributorum, *l. exactores* 10. *C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. C. qui dar. tut.* ceteroſque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, *l. geometra.* 22. §. 1. *l. juriſperitos.* 30. *eod.*

T e x t u s.

De abſentia Reipublicæ cauſa.

2. *Item qui reipublica cauſa abſunt, a tutela, vel cura excuſantur. Sed etſi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde reipublica cauſa abeſſe cœperint, a tutela vel cura excuſantur, quatenus reipublica cauſa abſunt: & interea curator loco eorum datur, qui ſi reverſi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto Reſponſorum ſcripſit: nam hoc ſpatium habent ad novas tutelas vocati.*

N o t æ.

2. *Reipubl. cauſa abſunt*) *l.* 1. *C. ſi tut. reipubl. cauſ. l.* 41. *D. h. tit.* quinam reipubl. cauſa abeſſe dicantur, diſce ex *l.* 32. *l.* 35. *l.* 58. *D. ex quib. cauſ. maj.* Vide fuſius & *Comment.* infra.

Ad novas tutelas vocati) Qui, cum Reipubl. cauſa abeſſent, ad novas tutelas vocati ſunt, reverſi anni va-

vacationem habent: ſed munus ante ſuſceptum ſtatim reſumi debet, *l.*10. *pr. & §.* 2. *l.*45. *D. h. tit. l.*2. *C. ſi tut. reipubl. cauſ.*

COMMENTARIUS.

R*Eipubl. cauſa abſunt*) *d. l. adminiſtrantes* 41. §. 2. *hoc tit.* Reipubl. cauſa abeſſe dicuntur, qui publici alicujus muneris vel officii cauſa, cui præſunt, ab urbe profecti ſunt, ut ex Modeſtino, Paulo, & Ulp. diſcimus, *l. abeſſe* 32. *l. qui mittuntur* 35. *l. ſi cui* 38. *ex quib. cauſ. maj.* Horum duo ſunt peculiaria: nam cum ceteri, qui propter ſolum officium aut magiſtratum excuſantur, ſuſceptam tutelam deponere non poſſint, *§. ſeq.* eamque, a qua excuſati erant, ſtatim finito officio ſuſcipere cogantur: *arg. §. prac. l. geometra* 22. §. 1. & *d. l. adminiſtrantes* 41. *hoc tit.* utrumque contra eſt in iis, qui reipubl. cauſa abſunt; nam & a ſuſcepta, quamdiu reipubl. cauſa abſunt, excuſantur: & ſi interim ad novam tutelam vocati fuerint, reverſi, anni habent vacationem, *hoc text. l.*10. *eod.* Ubi Modeſtinus ſic ſcribit; οἱ χρειας δημοσιας δημου Ῥωμαιων ἑνεκα αποδημησαντες ενιαυτου εχουσιν αναπαυσιν μετα το επανελθειν. Ergo abſentes municipii cauſa non videntur hanc anni vacationem habuiſſe, contra quam ſentit Weſembec.

TEXTUS.

De Poteſtate.

3. *Et qui poteſtatem aliquam habent, ſe excuſare poſſunt, ut divus Marcus reſcripſit: ſed ſuſceptam tutelam deſerere non poſſunt.*

COMMENTARIUS.

POteſtatis vocabulum apud noſtros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum magiſtratus non ſint, notionem tamen aut juriſdictionem aliquam habent: ut in edicto, *Quod quiſque juris &c. l.*1. §. 1. item in *l.*3. *§ ult. de rec. arb. l.*3. *in fin. ad leg. Jul. Majeſt.* Sæpe item ea vox ſignificat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ magiſtratuum eſt, ſed omnium communis; ut idem ſit magiſtratus poteſtas & imperium. Et hoc eſt, quod Paulus ſcribit, *l. poteſtatis* 215. *de verb. ſign.* poteſtatis vocabulo imperium in perſona magiſtratuum ſignificari: ac proinde in hac ſignificatione verum eſt, etiam minores magiſtratus imperium poteſtatemque habuiſſe. Nonnunquam etiam κατ' ἐξοχην ſoli magiſtratus majores imperium & poteſtatem habere dicuntur, minores ſine imperio & poteſtate eſſe, *l. nec magiſtratibus* 32. *de injur. l.*2. *de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc ſignificatu verbum poteſtatis hic accipiendum eſſe ex eo perſpicuum eſt, quod ædilitas a tutela non excuſat, *l. non tantum* 17. *§. is qui* 4. *hoc tit.* Magiſtratus tamen civitatum, τους στρατηγους των πολεων, remiſſionem a tutela habuiſſe aperte teſtatur Modeſtin. *l.*6. *§. remittuntur* 16. *eod.* add. Cujac. *ad l.*4. *in fin. eod.* Ant. Fab. 1. *juriſpr. hoc tit. pr.* 1. *ill.* 3. Sed vix eſt, ut id hodie obſervetur, Bern. Autumn. *coll. jur. ad d. l.*6. *§.* 16. VINN. Quamvis magiſtratus municipales a tutela excuſari poſſe tradat Modeſtinus *l.*6. *§.*16. *ff. de excuſ.* obſtare tamen videntur *l.*3. *ff. qui pet. tut.* & *l.*23. *pr. ff. de excuſ.* ubi idem negari videmus; niſi Modeſtinum per τους στρατηγους duumviros; Paulum & Ulpianum reliquos minores magiſtratus municipales intelligere dicas. Sane & Romæ, cujus inſtituta fere imitabantur municipia, inter magiſtratus *majores & minores* diſtinguebatur, quoties de hoc privilegio erat quæſtio. *l.*17. *§.* 4. *ff. h. t.* HEIN.

Suſceptam deſerere non poſſunt) Magiſtratibus, qui ante ſe miſcuerunt adminiſtrationi, vacatio a tutelis non conceditur, *d. l. non tantum* 17. *§. ſane* 5. in quo differunt ab iis, qui reipubl. cauſa abeſſe coguntur, ut paulo ante dictum.

TEXTUS.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. *Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excuſari non poteſt: niſi forte de omnibus bonis, vel hæreditate controverſia ſit.*

NOTÆ.

4. *Niſi forte de omnibus bonis*) Aut maxima eorum parte, *l.*20. *l.*21. *eod.* quo caſu etiam utile pupillo nolentem ſe excuſare a tutela removeri, *d. l.* 20. Vide in *Comm.*

COMMENTARIUS.

JUſta cauſa excuſationis non eſt, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat; ſed ſi judicio agendum ſit, quia tutor in rem ſuam auctor fieri non poteſt, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator eſſe deſinit, *§. ult. de auct. tut.* At ſi de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hæreditate lis ſit, æquum eſt, excuſationem tutoris recipi, *l. ſi pupillum* 20. & *l. ſeq. hoc tit.* Imo utile pupillo, etiam nolentem ſe excuſare, a tutela removeri, *d. l. ſi pupillum*. Non tamen in quavis diſceptatione hæreditatis ſimpliciter & ſine cognitione cauſæ recepta fuiſſe videtur tutoris excuſatio, *arg. l. ſi ut allegas* 16. *C. eod.* Hodie tota hæc quæſtio inutilis: nam *Novella Juſtiniani conſtitutione* 72. *c.* 1. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus eſſe. Dixi ſupra ad *d. §. ult. de auct. tut.*

TEXTUS.

De tribus tutelæ & curæ oneribus.

5. *Item tria onera tutelæ non affectata, vel curæ, præſtant vacationem, quamdiu adminiſtrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

COMMENTARIUS.

NEmo ita onerandus eſt alienis negotiis, ut ſua ipſius negligere cogatur; adeoque & pupillorum intereſt tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit, tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permiſtarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationiſve ex-

excuſationem præbere, *l. 2. §. ult. & l. ſeq. hoc tit. l. un. C. qui num. tut.* Sufficere item viſum eſt, tria ejuſmodi onera eſſe in una domo; hoc eſt, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum ſuſtinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejuſdem patris poteſtate eſt, ad excuſationem prodeſſe, *l. 4. §. ult. eod.* modo tutelæ, quas filii adminiſtrant, ſpectent ad periculum patris. *l. 5. eod.*

Non affectata) Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l. ſpadonem 15. §. eſt autem 15. eod. d. l. un. C. qui num. tut.* Itaque ſive quis lucrum captans ultro ſe tutelæ obtulit, ſive tenuem νομu χαριν ſuſcepit, ut numerum trium expleret, a quarta non excuſabitur, *d. §. eſt autem.* Sic enim verba Modeſtini, ὁ μετριu γενομενος επιτροπος, interpretor, μετριu, ſcilicet ορφανu, η uσιας. Ut non tutor pauper, quemadmodum Haloander vertit, ſed pauperis tutor iis verbis ſignificetur: quam interpretationem & Theophilus juvat: nam Curtius verba Theophili, επιτροπην ευτελεςατην, perperam interpretatus eſt, *tutelam opulentam*, cum *tenuiſſimam* vertere debuerit: quod mirum eſt, D. Gothofredum non animadvertiſſe.

Quamdiu adminiſtrantur) Id enim maxime conſideratur; in tantum, ut, ſi aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem ſit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excuſatio non detur. *l. non tantum 17. hoc tit.* Hinc quoque eſt, quod in numerum tutelarum non placet cedere, ſi quis ſit fidejuſſor tutoris, vel ſi magiſtratus municipalis tutorem dedit, licet periculum eos ſpectet, & magiſtratus in ſubſidium conveniri poſſit. Sed nec honorarius tutor periculum in numerum tutelarum imputat, *l. ſpadonem 15. §. ſi civitatis 9. eod.* ad quem tamen quaſi pars quædam adminiſtrationis pertinet: tenetur enim actus gerentis ſollicite obſervare, eumque, ſi male verſetur, ſuſpectum facere. *l. 3. §. 2. de adm. tut.* Enimvero tutor, qui ceſſat in adminiſtratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *l. ſi is qui 31. in fin. pr. hoc tit. l. ſi quis 60. de rit. nupt.* nimirum, quia qui ceſſat, principaliter tenetur, & ſuo nomine perinde ac ſi geſſiſſet.

Pro una computetur) Tria onera non ex numero pupillorum aut adoleſcentum computantur, ſed ex diverſitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam ſi tres ſint fratres conſortes, hoc eſt, qui indiviſum patrimonium habent, pro una tutela eſt: ſi tres diſſortes, tres ſunt tutelæ, *l. 3. d. l. ſi is qui 31. §. ult. hoc tit.* Idemque eſt & in aliis ſive cognatis ſive extraneis conſortibus aut diſſortibus, *d. l. ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eandem cauſam ad excuſationem ſufficere debet, ſi nimirum tam diffuſa, negotioſa & moleſta ſit, ut pro pluribus cedat, *d. §. ult.* cujus rei diſquiſitio fere eſt in arbitrio prætoris tutelaris, ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat Bach. Add. Cujac. ad *d. l. 2. eod.*

Textus.

De Paupertate.

6. *Sed & propter paupertatem excuſationem tribui, tam divi Fratres, quam per ſe Divus Marcus reſcripſit, ſi quis imparem ſe oneri injuncto poſſit docere.*

Commentarius.

Deſumptus hic locus eſt ex *l. 7. & l. poſt ſuſceptam 40. §. 1. hoc tit.* Eſt autem hæc excuſatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet a magiſtratu, cujus de ea recognitio eſt. Nam qui hac excuſatione utitur, docere debet, ſe imparem eſſe oneri injuncto, hoc eſt, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix ſibi quærere poſſit vitæ neceſſaria: quod judicem æſtimare oportet, Myns. Schneid. Weſemb. *hic.*

Textus.

De adverſa valetudine.

7. *Item propter adverſam valetudinem, propter quam ne ſuis quidem negotiis intereſſe poteſt, excuſatio locum habet.*

Commentarius.

Et hæc cauſa ex earum genere eſt, quæ cognitionem magiſtratus deſiderant; neque enim quæcumque valetudo excuſat, ſed ea, quæ impedimento eſt, quo minus quis ſuis rebus ſupereſſe poſſit. *l. 10. in fin. l. pen. §. ult. hoc tit. l. un. C. qui morb.*

Textus.

De imperitia literarum.

8. *Similiter eos, qui literas neſciunt, eſſe excuſandos, Divus Pius reſcripſit: quamvis & imperiti literarum poſſint ad adminiſtrationem negotiorum ſufficere.*

Commentarius.

Literas pro παιδεια aut humanitate ſæpe accipi, notum eſt. Proprie tamen literæ elementa ſignificant *l. 11. §. 3. de inſtit. act. l. 6. §. ult. de bon. poſſ. l. 1. §. ſed ceterarum 7. de var. & extr. cogn.* Cic. pro *Sylla*, *c. 16. Litera poſteritatis cauſa reperta ſunt.* Hinc neſcire literas dicuntur, qui ne elementarii quidem ſunt, hoc eſt, qui nec legere nec ſcribere didicerunt; *l. 3. §. 2. de accuſ. l. hac conſultiſſima 21. l. noſtram 30. C. de teſtam.* ut & e contrario ſcire literas, qui ſcribere ſciunt, *l. pater 93. §. 1. de acq. her. l. diſcretis 10. C. qui teſt. fac.* Suet. in *Claud. c. 16.* idque ex uſu etiam aliorum auctorum, ut multis docet Duar. 1. *diſp. 3.* & vel unum illud Neronis apophthegma oſtendit; *Velim neſcire literas*; de quo Seneca 11. *de Clem. c. 1.* Eandemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuiſſe argumento eſt vetus illud proverbium, quo Plato uſus eſt 111. *de legib.* μητε νειν μητε γραμματα ειδεναι. Nec dubito, quin Juſt. *hic.* & Paul. *l. 6. §. ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut neſcire literas iis ſit, neque legere ſcire, neque pingere; & imperiti literarum Juſtiniano αγραμματοι, Modeſtino in *d. §.* idem quod αναλφαβητοι. Nam dicere ſe ſtudiis literarum imbutum non eſſe, & απαιδευσιαν hic cauſari, ſane quam ineptum eſt.

Quam-

Quamvis & imperiti literarum) Axioma diſcretum eſt; Quamvis imperiti literarum non ſint negotiorum expertes; tamen a tutela ſunt excuſandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l.6. §. ult.* Si imperiti literarum non ſint negotiorum expertes, a tutela non ſunt excuſandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam eſſe volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini ſermonis uſum. Alii, neſcire literas, Paulo eſſe, non didiciſſe humaniores literas, in ſtudiis literarum non eſſe verſatum; quaſi literarum, hoc eſt, politioris humanitatis expertes ad tutelam adminiſtrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam literarum ignorantiam ad claſſem earum excuſationum referendam eſſe, quæ arbitrio magiſtratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Juſt. ait, imperitos literarum eſſe excuſandos, non ita accipi velim, quaſi ſimpliciter & ſemper excuſari debeant, ſed cauſa cognita, ſi forte tutela diffuſior atque negotioſior, ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperito literarum commode adminiſtrari non poſſit, quamvis is ad res alias gerendas ſit idoneus; nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec ſatis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis & ephemeridibus conſcribendis uti. Quod ſi tutela non ſit magni patrimonii *εὐτελής*, aut alias ſatis expedita, cui gerendæ ſufficiat quivis non hebeti ingenio neque expers negotiorum, nulla ratio eſt, cur quis ob ſolam imperitiam literarum ab ea excuſetur. Atque ita Paulum tempero in *d. l.6. §.ult.*

TEXTUS.

De inimicitia Patris.

9. *Item ſi propter inimicitias aliquem teſtamento tutorem pater dederit, hoc ipſum præſtat ei excuſationem, ſicut per contrarium non excuſantur, qui ſe tutelam adminiſtraturos, patri pupillorum promiſerant.*

COMMENTARIUS.

P*ropter inimicitias*) Quo moleſtiam exhibeat inimico; *ἵνα ὑποβληθῇ ἐνοχῇ καὶ πράγμασι; ut ſubjiciatur litibus & negotiis, d.l.6.§. διδόασιν.*17. Nam ſi teſtator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea infenſuſque fuit, hoc ipſo videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *inf.* §.11.

Non excuſantur) Qui patri pupillorum tutorem ſe futurum promiſit, nulla excuſatione gaudent, quamvis alias excuſare ſe jure poſſit, quaſi excuſationibus renuntiaſſe videatur, qui ita fidem ſuam obligavit, *l. ſpadonem* 15.§.1. *hoc tit. l. ex ſententia* 29. *de teſt.tut.* VINN. Sunt, qui inde novum fingunt tutelæ *pactitiæ* genus. Sed fruſtra. Ejuſmodi enim tutor vere eſt teſtamentarius, quamvis promiſſio occaſionem patri dederit, hunc tutorem dandi, & ita etiam intelligenda *l.29. fin. ff. de teſt.tut.* In Germania tamen & illuſtria & privata extant tutelæ pactitiæ exempla, de quibus B. Strykius *in Uſu ff. lib.*XXVI. *tit.* 1. §.14. & collega conjunctiſſimus olim Petr. a Ludewig. in *Diſſer. jur. Rom. & Germ. in tutel. differ.*4. HEIN.

TEXTUS.

De ignorantia Teſtatoris.

10. *Non eſſe autem admittendam excuſationem ejus, qui hoc ſolo utitur, quod ignotus patri pupillorum ſit, divi fratres reſcripſerunt.*

COMMENTARIUS.

I*Gnotus patri*) *d.l. ſpadonem* 15. §. *qui dixerit* 14. Excipiunt DD. poſt Gloſſam hic, niſi quis dicat ſe ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus eſt, *l. ult.* §. *ult. eod.* ſed hoc genus eſt excuſationis omnium commune.

Divi fratres) Marcus Antoninus Philoſophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Adriani nepotes, qui primi duo Auguſti appellati, & faſtis conſularibus ſic inſcripti ſunt, auctore Spartiano in *Ælio Vero cap.* 1. Appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres* 33. *de pœn. l. ſi adulterium* 38. §. *fratres* 4. *ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. Auguſtinum *lib. ſing. de excuſ. ad* §. *ἔτι ἀπολύεται*. 18. *l.6. hoc tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos a juriſconſultis appellari Imperatores, qui poſt obitum in Deos relati erant ea *ἀποθεώσεως* ſolemnitate, quam deſcribit Herodian. *lib.* III. poſtquam & templa iis conſtitui, ac ſacerdotes & ſodales creari, & ludi fieri, omneſque divini honores decerni ſolebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliiſque id genus auctoribus diſcimus.

TEXTUS.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

11. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, ſi capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura ſolent excuſare.*

NOTÆ.

11. *Cum patre pupillorum*) *d.l.6.*§.17. Paul. II. *ſent.*27. idem eſt ſi cum pupillis vel adultis, *l.*3.§.12. *D. de ſuſp. tut.* ubi Ulp. ait etiam ob hanc cauſam removeri.

COMMENTARIUS.

1. *An homini Chriſtiano conveniat, ad excuſationem tutelæ obtendere inimicitias?*

NUnc de inimicitiis paulo pluribus & diſtinctius agamus. Ait inimicitias capitales, quas quis cum patre pupillorum exercuit, niſi intervenerit reconciliatio, ſolere excuſare. Inimicitias capitales intelligo quaſcumque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel exiſtimationem petunt, *arg. l. licet capitales* 103. *de verb. ſign.* Sunt qui exiſtimant, hujuſ- 1
modi excuſationem minus convenire homini Chriſtiano; neque enim recte videri tutorem dicturum, non debere ſe cogi bene facere homini inimico, & de ſe male merito, aut liberis ejus; quæ ſententia ethnicis fortaſſis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Chriſtus *Matth. cap.* V. qui legem Domini ſic accipiebant: *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimi-*

mi

micum tuum. Chriſtianis & piis non convenit. Et ſane ita eſt, niſi ratio afferatur, cur inimicitiæ excuſare debeant; qualis hic occurrit, videlicet ut liceat ſiniſtram ſuſpicionem hoc obtentu vitare, & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum*. Idem eſt ſi pupillis ipſis vel adultis inimicus ſit *l.3.§.ſi tutor 12.de ſuſp.tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenit*. Reconciliatio aut aperte intervenit, ut ſi poſt ortas inimicitias in gratiam redierint, aut tacite, ſi eum, cui pater juſte infenſus antea erat, poſtea teſtamento ſuo tutorem ſcripſerit: nam ſi hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipſo remiſiſſe videtur, *l.6.§.dat. remiſſionem 17.hoc tit.* Plane ſi ipſe pater cauſam inimicitiis dedit, puta quod eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accuſaverit, aut inſigni contumelia affecerit, ad excludendam excuſationem neceſſaria eſt aperta reconciliatio. *arg.§.ſeq.* Nam illius eſt remittere injuriam, cui illata eſt. Ait, *ſolent excuſare*. Et merito: niſi enim hujuſmodi tutores & curatores ultro ſe excuſent, inviti removentur, *d.l.3. §. ſi tutor 12. de ſuſp.tut.*

Textus.

De ſtatus controverſia a Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui ſtatus controverſiam a pupillorum patre paſſus eſt, excuſatur a tutela.*

Commentarius.

Si tutor ſtatus controverſiam a patre pupilli paſſus ſit, id eſt, ſi eum pater in ſervitutem petierit, hoc par interdum, ac ſi capitis accuſaſſet, *l.14. ff. de bon. libert.* & hic tutor omnimodo excuſandus, etiamſi pater eum poſtea teſtamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excuſatur a tutela, qui talem controverſiam movet pupillo, ſerio & bona fide, non dedita opera, ne tutelam ſubeat, & calumniæ cauſa, quod ex reſcripto Marci & Veri (ita legendum eſſe textus Græcus oſtendit) proponitur in *l.6. §. amplius 18. hoc tit.* Vinn. Sed non ſolum ad ſtatum libertatis reſtringendus videtur hic §. verum etiam, ſi quis alterum civem vel filiumfamilias negaſſet, huic tutela liberorum actoris obtrudi haud potuiſſe videtur. Hein.

Textus.

De Ætate.

13. *Item major ſeptuaginta annis a tutela & cura ſe poteſt excuſare. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excuſabantur: noſtra autem conſtitutione prohibentur ad tutelam vel curam adſpirare: adeo ut nec excuſatione opus ſit. Qua conſtitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: quum ſit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam ſubire.*

Vinnius in Inſtitut.

Commentarius.

1. *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadverſus.*

Senes æque ac magiſtratus veteres reveriti ſunt, *l.5.de jur. immun.* quæ reverentia conſiſtebat in aſſurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reducendo. Juvenalis *ſatyr.13. v.54.*

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non aſſurrexerat.

add. Valer. *lib.11. c.1.* Cic. *1. Off. cap. 34.* Gell. *lib.11. c.15.* Fuit etiam venerabilis ſenectus excuſatione honorum & vacatione munerum perſonalium. Ab honoribus excuſabant anni 60. in urbe, Senec. *de brev. vit. c. 20. Lex a quinquageſimo anno militem non cogit: a ſexageſimo ſenatorem non citat.* Idem tamen *11. Controv. 65.* annos exigit. A decurionatu excuſabant anni 55. *l. non tantum 11. de decur.* a tutelis ceteriſque muneribus perſonalibus anni 70. *l.3.de jur.immun.l.2.hoc tit. l.un. C.qui atat.* In *l.ult. C. qui atat. vel profeſſ. lib.10.* pro LV. legendum LXX. ut contextus oſtendit, & monet Cujac. Ceterum hæc ita procedebant, niſi aliter conſuetudo vel lex municipalis definiret, *d.l. non tantum 11. l.2. de vac. mun.*

Major ſeptuaginta annis) In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur: quamobrem ad vacationem tutelæ non ſufficit ingreſſum eſſe aut agere annum ſeptuageſimum, ſed egreſſum eſſe oportet; *l. 2. hoc tit. l. 3. de jur. immun.*

Minores olim quidem excuſabantur) Hic locus & conſtitutio Juſtiniani in *l.ult.* C. *de leg.tut.* multis impoſuit. Conſtat minorem 25. annis teſtamento tutorem recte dari: ſed ita datum perinde haberi, ac ſi ſub conditione, aut ex die datus eſſet, cum major 25. annis factus fuerit; ut interim nec tutelam adminiſtret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, *§.2. ſup.qui teſt. tut. l. quaro 32. in fin. de teſt.tut.* ſed alius tutor aut curator interim a magiſtratu datur, qui tutor aut curator eſſe deſinit, exiſtente conditione, hoc eſt, poſt legitimam tutoris teſtamento dati ætatem, *l.10. §.pen. hoc tit. §. 1. ſup. de Atil.tut.* Legitimos tutores nemo dat, ſed lex eos facit tutores, *l. 5. de leg. tut.* Atque uti quiſque proximus eſt agnatus, ita ipſo jure ex lege tutor eſt, quamvis poteſtas adminiſtrandi demum poſt perfectam ætatem ei deferatur. *l.16. §.1. de tutel. l.4. l.8. de leg.tut.* Quare ſi agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & ſucceſſionis ex lege tutor eſt: ſed quia jus adminiſtrandæ tutelæ ante juſtam ætatem non habet, curator interim ad hoc a magiſtratu dabitur, *§.ult. ſup. de curat. d.l.10. §. pen.* qui locus ſimul confirmat, quod dixi, eum ipſo jure, pro tutore eſſe: alioquin non a magiſtratu alius interim daretur, ſed inſequentis gradus agnati protinus in tutelæ adminiſtratione ſuccederent, *arg. l.3. §. pen. de leg.tut.* Reviſe quæ ſcripſi ad *§.ult. ſup. de cap. demin.* A magiſtratu tutor ſub conditione aut ex die dari non potuit, *l.6. §.1. de tutel.* Ergo nec minor 25. annis: quippe cui dationi inſit dies aut conditio, cum major erit, *§. 2. ſup. qui teſt. tut. l. 10. §.pen. & ult. de teſt. tut.* Quapropter ſi tota datio non conſiſtit, nec ἐν τῇ νεότητι pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem poſt ἀκμὴν tutor erit: ideoque conſulto de teſtamentario & legitimo duntaxat Modeſtinum *d.l. 10. §.*

pen. de excuſ. locutum eſſe exiſtimandum eſt. Nunc videamus, quid hic novi conſtituerit Juſtinianus. Ait, minores 25. annis olim quidem excuſatos fuiſſe: ſe autem conſtitutione ſua caviſſe, ne omnino minor aut detur tutor, aut ad legitimam tutelam vocetur, *d. l. ult. Cod. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur conſtitutio: liberam patris voluntatem teſtamento de tu-
1 tela caventis non coarctat. In ea autem conſtitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus eſt, quod putaverit, jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam adminiſtraſſe, ut patet ex ratione, quæ affertur in pr. conſtitutionis. Alter, quod minorem a magiſtratu tutorem dari poſſe crediderit, ſed excuſandum fuiſſe: quaſi vel omiſſa excuſatione ipſe minor tutelam gerere potuerit, aut alius ſimul a magiſtratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam abſurda & a ratione juris veteris aliena ſunt, ut mirum ſit Cujacium, Hotom. Weſemb. ipſumque adeo cuſtodem Triboniani Ant. Fabrum hic dormitaſſe. Quod ſi quid novi hic conſtitutum videri poſſit, erit illud unum, quod Bachovius exiſtimat, ut jam non amplius agnato proximo, ſi minor ſit, tutela legitima ullo modo deferatur, ſed ea ætate inſuper habita, ſoli ex agnatis proximis tutores fiant, qui ſunt perfectæ ætatis: at ſi proximi omnes minores ſint, ut ſequentes vocentur, quos olim excluſos fuiſſe, ac ne durante quidem *αφηλικια* proximi ad adminiſtrationem tutelæ admiſſos jam oſtendimus. VINN. Ego vero non auſim Juſtinianum tam ſupinæ ignorantiæ arguere. Certiſſimum eſt, veteres non ſolum minores, ſed & impuberes admiſiſſe non ſolum ad tutelam teſtamentariam, verum etiam legitimam. Clariſſime id liquet ex Ulpian. *tit. 11. §. 20. & 22.* quamvis interea dum adoleſcerent, prætor alium tutorem daret, niſi ſe excuſaret. Impuberem a magiſtratu dari non potuiſſe facile conceſſerim: at de minore vix dubito, quum ſumta toga virili puberes ad officia virilia admitti ſolerent. Poſtquam vero hæc mutavit Juſtinianus, leges antiquiores Tribonianus juri novo more ſuo accommodavit, veluti *l. 16. §. 1. ff. de tut. l. 4. l. 8. ff. de legit. tut. l. 1. ff. de fidejuſſ. & nominat.* idque & Cujacius ad *tit. Inſt. de fiduc. tut.* & V. C. Ant. Schulting. *Juriſpr. Antejuſtin. p. 601.* fatentur. Aliis argumentis Tribonianum contra Vinnium defendit B. Huber. *Digreſſ. 1. 3. cap. 24.* HEIN.

Nec pupillus) Si verum eſt, quod diximus, agnatum proximum, quamdiu minor eſt, tutelam gerere non poſſe, inepte atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli ſit vocandus. Nam & ſi fingamus, alterum infantem eſſe, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus ſuperfuturum eſt adminiſtrationi. Et in *l. 10. §. pen. hoc tit.* non de impubere quæritur, ſed de adoleſcente ſive minore 25. annis: nam *αφηλιξ*, qui & *ανηλιξ*, Græcis non eſt *ανηβος*, ſed *νεος*, hoc eſt, adoleſcens, *την ηβην μεν ὑπερβας, ελαττων δε κε ενιαυτων*, ut paſſim apud Theoph. & Harmenop.

Quum incivile ſit) Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quam ut ne minori tutelæ adminiſtratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permiſſa fuit. Sed, ut dixi, falſo credidit Juſtinianus; periculo minoris interim tutelam ab alio adminiſtrari ſolitam; nam ideo ſe jus vetus mutaſſe ſcribit, ut cuique immineat pro ſua tantummodo adminiſtratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam ſubire, hoc loco dixiſſe exiſtimari poteſt, pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio adminiſtrandæ, ſuſtinere.

TEXTUS.

De Militia.

14. *Idem & in milite obſervandum eſt, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.*

COMMENTARIUS.

Milites armatæ militiæ ad inſtar minorum, ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l. 4. C. qui dar. tut. l. 8. C. de legat.* ne videlicet propter privata negotia a numeris & ſignis avocentur: quam ob cauſam nec procuratores eſſe poſſunt, *l. 8. §. 2. de procur.* nec aliena prædia conducere, *l. milites 31. C. de loc. & cond.* Quatenus veterani, hoc eſt, qui militia honeſte dimiſſi & ſacramento ſoluti ſunt, vacationem tutelarum habeant copioſe diſputatur, *l. 8. §. 2. ſeqq. hoc tit.*

TEXTUS.

De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ grammatici, rhetores & medici, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, a tutela & cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

Studiorum liberalium profeſſores, grammatici, ſophiſtæ, rhetores, qui publicæ juventuti præſunt; item medici, quemadmodum a reliquis muneribus, ita & a tutela & cura vacationem habent, *l. 6. §. 1. hoc tit. & tit. C. de profeſſ. & med. lib. 10.* Habent & Philoſophi, *d. l. 6. §. 5.* Muſicos, quamvis eorum ars ingenua ſit & liberalis, non habere tradit Cujac. in *d. l. 6. §. 1.* allegans *l. 4. C. de excuſ. mun. lib. 10.* quo loco pro *Hydraulæ* videtur legiſſe *Muſici*. Nec poetas habent, *l. 3. C. de profeſſ. & med.* licet divini ſpiritus mereantur. Legum quoque doctores non habent, exceptis iis, qui Romæ docent, *d. l. 6. § legum 12.* Ceterum ex Conſtitutione Conſtantini omnes habent, *l. 6. C. de profeſſ. & med.*

Qui in patria ſua) Profeſſores & medici ita demum hac immunitate gaudent, ſi in patria ſua doceant, aut medeantur, non in aliena. Eſt autem duplex patria: una propria ſive originalis: altera communis, quæ eſt Roma, *l. Roma 33. ad munic.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamſi Romæ nati non ſint, immunitatem habent, *l. 9. de vac. mun.* ſive ſalariarii ſint, ſive non ſint, *l. 6. §. Romæ 11. h. t.* Atque hæc ex tribus una eſt conditio ad obtinendam immunitatem neceſſaria. *d. l. 6. §. amplius 9.*

Intra numerum ſunt) Conditio altera, non aliter enim

enim hac immunitate fruuntur magiſtri ſtudiorum, quam ſi probati decreto ordinis & numero conſtituto adſcripti ſint, *d. l. 6. §. 4. l. 5. 7. & 8. C. de profeſſ.* Certus enim numerus eorum, qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d.l. 6. §.2.* præterquam philoſophorum: *δια το σπανιως ειναι τους φιλοσοφουντας*, *d.l.6. §.de philoſophis*, quem numerum excedere non licebat, *d. l. 6. §. 3.* niſi quis propter excellentiam præſtantiamque doctrinæ, *ὁ αγαν επιςημων*, immunitate ſupra numerum donaretur, *d. l.6. §. valde* 10. Eſt & tertia conditio hic omiſſa, ut bene & ſedulo ſuo munere fungantur, ſeque adoleſcentibus utiles præbeant; alioqui denuo ab ordine reprobari poſſunt, *d.l.6.§.6. l.2. l. 8. C. de profeſſ. l. 11. §.3 de mun. & hon.* Colligunt hinc DD. ſtudioſos, qui graviter literis non incumbunt, etiamſi in catalogum relati ſint, privilegiis ſcholarium gaudere non oportere, ceſſante ſcilicet ratione inductiva privilegiorum, ſecundum Aldobrand. *num.*19. Schneid. *num.6 hic*, quanquam vix eſt, ut hoc obtineat. *conſule* Wameſ. *cent.1. conſ.*20. Chriſtin. *vol.1. deciſ.36. &* 49. *num.*14. *& ſeq.* Add. Groenew. *de ll. abrogat. ad l.6. Pand. h. t.* ubi & de uſu hodierno.

Textus.

De tempore & modo proponendi excuſationes.

16. *Qui autem ſe vult excuſare, ſi plures habeat excuſationes, & de quibuſdam non probaverit, aliis uti intra tempora conſtituta non prohibetur. Qui autem excuſare ſe volunt, non appellant, ſed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint ſe tutores vel curatores datos, ſe excuſare debent, cujuſcumque generis ſint, id eſt, qualitercumque dati fuerint tutores, ſi intra centeſimum lapidem ſint ab eo loco, ubi tutores dati ſunt. Si vero ultra centeſimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: qui tamen, ut Scævola dicebat, ſic debent computari; ne minus ſint, quam quinquaginta dies.*

Notæ.

16. *Qualitercumque dati*) Sive a magiſtratu, ſive teſtamento, ſive lege, nam & legitimos tutores ſe excuſare poſſe conſtat, *l.3. §. 8. D. de leg. tut. l. 1. C. eod. l. 9. C. qui dari tut.* & prius dixerat, cujuſcumque generis.

Commentarius.

1. *An poſt conſtitutionem D. Marci adhuc immediate a delatione tutela appellari potuerit?*
2. *Ex quo tempore* 50. *dies, excuſationis allegandæ conſtituti, currere incipiant?*
3. *An cauſa excuſationis per procuratorem agi poſſit?*
4. *Etiam tutores legitimos excuſari.*
5. *Proponendæ & diſceptandæ excuſationis quæ forma apud nos obſervetur.*

Aliis uti non prohibetur) Ex Martiano *l. propter litem* 21. §.1. *eod.* Eſt enim excuſatio ſpecies quædam exceptionis; nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l.8. de exc. l. nemo 43. de reg. jur.* Sed an qui plures excuſationes habet, eas omnes ſimul proponere & conteſtari debeat, quæritur, & putat Gloſſ. hoc neceſſe non eſſe: ſed verius eſt, omnes initio conteſtari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi cauſa novas poſtea excogitet; & eſt textus in *l. ſcire oportet* 13. *§. ſcire autem* 8. *hoc tit.* Omnibus autem propoſitis, vel unam probare ſufficit ad victoriam.

Non appellant) Hoc enim D. Marcus effecit. Nam 1
cum antea non minus a delatione tutelæ, quam alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus tutelam a ceteris muneribus ita ſecrevit, ut tutor datus non amplius recta a datione provocaret: ſed ſi quas ſe habere putaret juſtas excuſationis cauſas, eas intra præſtituta tempora proponeret, quas ſi judex rejeciſſet, tum demum licentiam appellandi haberet; qui vero ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc eſt quam appellatione interpoſita, allegare poſſint cauſas immunitatis ſuæ, *l.1. §.1. & 2. quand. appell.* Igitur ſi qui ſunt loci, in quibus tutores dati provocaſſe proponuntur, ut in *l.4. hoc tit. l. tutores 39. § tutor 6. de adm. tut. l.2. & pen. de tut. & cur. dat. l.17. §.1. de appell.* illi non ſic accipiendi ſunt, quaſi ab ipſa creatione *αμεσως* appellaſſent, ſed a rejectione excuſationis intra præſtitutum tempus allegatæ. Neque obſtat quod Modeſtinus ſcribit in *l. 16. hoc tit.* tutores enim citra appellationem ſe excuſare poſſe: aut quod idem Modeſtin. *l.13. eod.* & Impp. *l. tutores 18. C. eod.* tutores datos non neceſſe habere appellationem interponere, quaſi, ſi velint, adhuc provocare poſſint. Nam hujuſmodi collectiones ut ſemper neceſſariæ non ſunt, ita hæc minime hoc loco admittenda. Tutores neceſſe non habent appellare; ergo, ſi velint, poſſunt. Neceſſe enim non habent, ut olim ante conſtitutionem D. Marci; nunc ne poſſunt quidem; & fruſtra ante propoſitam & repulſam excuſationis cauſam appellant, *d. l.1. §.1. quand. app.* qui locus tam clarus eſt, diſtinguens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis, ad quæ vocatus contra privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes ſint declarandi. Atque hoc jure utimur, D. Tulden. *hic c.11. & ad tit. C. eod.* Chriſtin. *vol. III. deciſ.71. n.*12. Perez. *in C. hoc tit. n.16.* Grot. 1. *manud. c.7.* Eſt vero hoc argumentum, nihil hic tutorum cauſa conſtitutum eſſe. Convenientius fortaſſe viſum eſt atque æquius: ut qui tutorem dediſſent, ipſi prius de cauſa excuſationis ſummatim cognoſcerent: eamque vel acciperent vel repudiarent, cum nihil eorum interſit, tutorne ille ſit, an alius, quam ut ſtatim quaſi rejecta cauſa excuſationis, quam nunquam audiverunt, ſuperior provocaretur. In tutoribus teſtamentariis & legitimis etiam hoc abſurdum videtur. At in delatione alius muneris, puta ſi ab ordine aut duumviris aliquis decurio aut ſcriba nominatus ſit, quia eorum, qui nominaverunt, intereſt nominatum munus ſibi delatum ſuſcipere, ipſi quodammodo pars ſunt, & in ſua

ſua cauſa judices conſtituerentur, ſi excuſationes apud nos allegandæ & probandæ forent, quod hic notat Jo. Fab.

Intra quinquaginta dies continuos) Proponendæ & conteſtandæ excuſationi 50. dies continui conſtituti ſunt, *l.* 13. §. 1. *& ſeqq. hoc tit.* peragendo negotio continui quatuor menſes, *l. quinquaginta* 38. *eod.* Dicuntur dies continui, qui continuo, id eſt, *συνημμένως*, continenter, & ſine interruptione nulliſque exemptis currunt, ad diſcrimen utilium, e quibus ſubducuntur omnes dies, quibus experiundi juris ſui poteſtas non eſt. *l.* 1. *de div. & temp. præſ.* de quo fortaſſis alibi plura.

2 *Ex quo cognoverint*) Quinquaginta dies excuſationibus profitendis conſtituti tutoribus & curatoribus non cedunt, ex quo dati ſunt, ſed ex quo cognoverint ſe tutores aut curatores datos eſſe, *d.l.* 13. §. *quinquaginta* 9. *l.* 6. *C. eod. l.* 3. *de verb. ſignif.* Atque ex eo tempore ſi ceſſent, ſuo periculo ceſſant, *l.* 1. §. 1. *de adm. tut.* ut tamen iis ignoſcatur, qui valetudine aut vi tempeſtatis, aliave ſimili cauſa impediti conſtituto tempore non venerint, *d.l.* 13. §. *ſi enim* 7. Porro nec antea quam a die cognitionis cedere exiſtimo quatuor illos menſes diſceptando & finiendo excuſationis negotio conſtitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excuſationis, quam incipiat, quod perquam eſſet abſurdum. Nec eſt contrarium quod Paulus in *d. l.* 38. menſes illos ex die nominationis numerat: nam Paulo eo loco idem dies eſt nominationis & cognitionis; quippe qui ſolum excludere vult tempus, quo allegata ſit excuſatio: quaſi dicat quatuor illos menſes non currere a die propoſitæ excuſationis; quod videri poterat, ſed a die nominationis, cognitæ ſcilicet, non factæ. Ant. Fab. 1. *juriſpr. hoc tit. pr.* 1. *illat.* 7.

Se excuſare debent) Non ſolum venire tutor & adire judicem intra 50. dies debet, ſed neceſſe eſt, ut intra id tempus ſe excuſet, id eſt, cauſam excuſationis ſpeciatim alleget & conteſtetur, quam etſi forte mox non perſequatur, nihilo tamen magis ei obſtabit præſcriptio 50. dierum, cum ad negotium peragendum ei adhuc ſuperſint 70. dies: niſi *ἀφοσιώσεως χάριν*, hoc eſt, defunctorie, perfuſorie, aut ut Contius vertit, dicis cauſa, adierit, ut deſiſteret ſtatim, & adverſarium traheret, *d.l.* 13. §. *ἀπὸ χρη.* 6. Conteſtanda autem eſt excuſatio vel in jure ad tribunal prætoris, vel apud acta, vel *χαμόθεν* id eſt, *de plano*, per libellum, *d.l.* 13. §. *χρὴ δὲ μίαν.* 10. Nam etſi tutor per libelli oblationem & ſubſcriptionem non excuſatur: *l. excuſare* 25. *eod.* eo quod excuſatio pro tribunali diſceptanda & excutienda eſt, quia opus eſt decreto: per *l.* 9. §. 1. *de off. proc. l. omnia* 71. *de reg. jur.* tamen ad ſubmovendam præſcriptionem conteſtatio vel per libellum facta ſufficit. Illud non ſatis expeditum eſt, an & abſens tutor excuſari poſſit. Negat Accurſ. quem ſequuntur Pet. Fab ad *l. nemo* 70. *de reg. jur.* & Ant. Fab. *d. illat.* 7. itemque Bachov. *in Treutl. vol.* 11. *diſp.* 9. *th.* 1. *lit.* B. Mihi contraria ſententia, quæ Cujacii eſt, verior videtur, per textum *l. tutor* 19. *C. de adm. tut.*
3 Neque video quid obſtet, quominus cauſa excuſationis per procuratorem agatur. Oppoſita ſunt *per libellum & pro tribunali*; non *per libellum* & *in præſentia*; nam & præſens libellum offerre poteſt.

Cujuſcumque generis ſint, vel qualitercumque dati) 4
Sive igitur teſtamento dati ſint, ſive a magiſtratu, ſive a lege ad tutelam vocati; nam & legitimos tutores excuſari verius eſt, *l.* 3. §. *quæri* 8. *de leg. tut. l. ſi pupillum* 20. *hoc tit. l.* 1. *C. de leg. tut. l. ſi ſororis* 9. *C. qui dar. tut. arg. l.* 2. §. 5. *hoc tit.* quibus locis eorum ſententia manifeſte refellitur, qui putant, legitimos tutores ſe excuſare non poſſe, niſi & removeri poſſint, aut ad tempus duntaxat; quo in numero ſunt Hotom. & Giphan. *hic.* Cuj. ad *d.l.* 13. VINN. Unde recte Theophilus *παραφράζει εἴτε τεσταμενταρίοι εἴτε λεγίτιμοι.* Theophilum contra Cujacium & Giphanium accurate defendit B. Huber. *Præl. ad Inſt. h.t.* §. 20. HEIN.

Intra centeſimum lapidem) Ad profeſſionem excuſationis 50. dies dantur, ſi is, qui tutor datus eſt, ſit in eadem civitate vel intra centeſimum lapidem; ſi ultra ſit, ad veniendum dantur ſinguli dies in ſingula 20. millia, & præterea 30. dies; ita ut computatis itineris diebus, & illis triginta, tutor non pauciores habeat, quam quinquaginta, quod latius perſequitur Modeſtin. *d. l.* 13. §. 1. *& ſeqq.* Obiter addo, lapidem pro milliario ſive mille paſſibus accipi; quæ appellatio inde manavit, quod ſingula milliaria poſitis ſingulis lapidibus, ſive columnis lapideis ſpatiorum ſigna inſcripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho, *in Gracch. p.* 838. diſtinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni poſita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. VINN. Addi ea de re debet Bergierius *de viis militaribus*, ubi hæc & alia plena manu feruntur. HEIN. In hiſce regionibus proponendæ & diſceptandæ excuſationis hæc fere forma ſervatur, ut ſi quis tutelam ſibi delatam ſuſcipere detrectet, is intra tres ſeptimanas, ex quo cognoverit ſe tutorem datum eſſe, competentes magiſtratus ſolito ſeſſionum die adeat, ibique cauſas excuſationis alleget, probetque; quibus auditis & cognitis ſine mora negotium peragitur: &, ſi juſtæ ac ſolidæ videantur, excuſato recuſante alius in ejus locum ſufficitur: ſin minus, rejecta excuſatione tutori nominato onus tutelæ ſententia magiſtratus imponitur: a qua ſententia, ſi iniqua tutori videbitur, provocare ei licet: ſed interim alius ei, & periculo ejus, ſi tandem ſuccumbat, ſubſtituitur. vid. *art.* 19. *&* 20. *ſtatut. Rhijnland.* Grot. 1. *manud.* 7. De forma compellendi tutores ad tutelam capeſſendam dictum eſt ſub §. 1. *ſup. de Atil. tut.* 5

TEXTUS.

De excuſatione pro parte Patrimonii.

17. *Datus autem tutor ad univerſum patrimonium datus eſſe creditur.*

COMMENTARIUS.

Arbitror cum D. Hotomanno & Weſembec. §. hunc mutilum eſſe, & decerptum ex Marciano, *l. propter litem* 21. §. 2. *hoc tit.* Hoc autem indicare velle Juſtinianum, tutorem, qui pro parte bonorum ſe excu-

cuſat, audiendum non eſſe: quippe qui non parti bonorum, ſed univerſo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur. *d. l. 21.* niſi ſe excuſet, ne ultra centeſimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

De excuſationibus propriis Curatorum. De Tutelæ geſtione.

18. *Qui tutelam alicujus geſſit, invitus curator ejuſdem fieri non compellitur: in tantum, ut licet paterfamilias, qui teſtamento tutorem dedit, adjecerit, ſe eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam ſuſcipere non cogendum, divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

COMMENTARIUS.

Quæ præcedunt cauſæ excuſationum, tutelæ cum curatione communes ſunt, ſequuntur duæ propriæ curationis, quarum una proponitur hoc §. altera §. ſeq.

Curator ejuſdem fieri non compellitur) Romanis ad excuſationem curatoris adulti ſatis viſum eſt ejuſdem pupilli tutelam geſſiſſe, *l. curator. 20. C. eod.* quaſi nimis durum ſit, gemino unius perſonæ onere premi: quod tamen jus apud nos & in aliis pleriſque locis deſuetudine abrogatum eſſe monuimus ſupra *ſub. tit. quib. mod. tut. fin. & de curat.*

Adjecerit, ſe eundem curatorem dare) Licet alias curator teſtamento datus a prætore confirmari ſolet, *ſup. de curat.* §. 1. Excipiunt veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis ſuis tutorem & curatorem dedit, *l. 5. C. eod.* niſi de ſua pecunia emptus, & manumiſſus ſit, aut ex fideicommiſſo libertatem acceperit, nam in hujuſmodi libertos nihil juris patronus conſequitur, excepto quod ſine venia in jus ab iis vocari non debeat, *l. 14. §. 3. l. nequaquam. 24. hoc tit.*

TEXTUS.

19. *Iidem reſcripſerunt, maritum uxori ſuæ curatorem datum excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum uxoris maritus curator eſſe prohibeatur?*
2. *Juriſconſultos verbo excuſandi ſæpe abuti.*
3. *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris poteſtas.*

Altera cauſa excuſationis, propria curationis in marito, uxori ſuæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ, curatore dato. Ait, *curatorem datum.* At
1 quorum bonorum? nam dotis etiam dominus jure civili maritus eſt, *inſ. quib. alien. lic. l. dote 9. C. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur, non eſt dubitandum, quin omnium, quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα dicuntur, licet expreſſe uſum earum rerum ſibi non receperit, ac reſervarit. Hoc enim & cauſæ prohibendi convenit, quam mox afferemus, & ſententiæ veterum conſtitutionum indiſtincte loquentium, *l. 2. C. qui dar. tut. l. 4. l. licet. 17. C. h. tit. l. 3. C. de interd. matr.* Potuit ſane mulier, quæ perfectæ ætatis eſſet, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, adminiſtrationem committere, *arg. l. 8. C. de pact. conv. l. maritus. 21. C. de procur. l. pen. ad leg. Falc.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat? Huic inquam, maritus eorum bonorum curator dari indiſtincte jure veteri prohibentur, non receptitiorum duntaxat, ut male Mynſ. Hotom. Weſemb. nam ex novis demum conſtitutionibus eſt, quod marito paraphernorum, quæ uxor ſpecialiter non excepit, adminiſtratio permittitur, *l. 8. l. ult. C. de pact. conv.* quod hic adnotare neglexit Tribonianus.

Excuſare ſe poſſe) Sæpe noſtri verbo excuſandi abu- 2
tuntur, eoſque etiam excuſari ajunt, qui tutores aut curatores eſſe non poſſunt: ut cum dicunt, inimicitias capitales preſtare excuſationem, δίδωσι ἄφεσιν ἐπιτροπῆς, *§. inimicitia. 11. ſup. l. 6. §. δίδωσι 17. eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excuſationem recipiendam. *l. ſi pupillum. 20. eod.* luminibus captum, mutum, ſurdum, furioſum excuſationem habere, *l. unic. C. de morb.* quos omnes tamen certum eſt tutelam gerere non poſſe, *l. 3. §. ſi tutor. 12. de ſuſp. tut. l. licet. 17. C. hoc tit.* cujus eadem effectu ſpecies eſt cum ea, quæ hic proponitur; nihil enim refert, uxori maritus, an ſocer nurui curator detur. Hoc autem loco Juſtinianum verbo excuſandi abuſum eſſe conſtat ex *l. 2. C. qui dar. tut. item ex l. 14. de cur. fur.* quæ aperte negant maritum uxori curatorem creari poſſe. Quæ ideo moneo, ne quis putet in arbitrio mariti poſitum eſſe, aut ſe excuſare, aut omiſſa excuſatione curam uxoris ſuſcipere: & in univerſum ne quis credat, certum eſſe argumentum tutoris jure dati, quod excuſationem habere dicatur. In tantum autem maritus prohibetur uxori ſuæ curator conſtitui, ut ſi conſtitutus prudens ſe immiſceat, infamiæ labem contrahat, ſicut & illi infames fiunt, qui contra Senatusconſultum pupillam vel adultam ſibi matrimonio jungunt: eadem enim utriuſque prohibitionis ratio eſt, ne ſcilicet fraus adminiſtrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l. 4. l. licet. 17. C. hoc tit.* junct. *l. 5. l. 7. C. de interd. matr. l. libertum. 64. §. 1. de rit. nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc poſterioribus conſtitutionibus conſentanea ſint.

Licet ſe immiſceat) Qui excuſare ſe poteſt, is ſi neglecta excuſatione ſe miſcuerit adminiſtrationi, poſtea ſe excuſare volens non auditur, quaſi juri ſuo tacite renuntiaverit; *l. non tantum. 17. §. 5. ſane hoc tit. l. 2. C. ſi tut. falſ. alleg.* Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores recte dati ſunt, quorum etiam propria eſt excuſatio; nam qui tutores aut curatores eſſe non poſſunt, etiam ſi ſe immiſcuerint, excuſantur, aut removentur, *l. ſi pupillum. 20. hoc tit. §. item major. 13. ſup. eod.* Atque hæc quidem jure Romano-
rum ita ſe habent. Ceterum moribus noſtris uxor eſt 3
in curatione & poteſtate mariti, poteſtque maritus bo-

bona uxoris, etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non ſolum adminiſtrare, ſed alienare quoque aut obligare etiam ſine uxoris conſenſu, niſi pactis antenuptialibus expreſſe aliter cautum fuerit, D. Neoſtad. *obſ. rer. jud.* 9. *in not.* Grot. 1. *manud.* 5. eademque fere & apud ceteros Europæ populos mariti in uxorem hodie poteſtas eſt, ut ex Weſemb. Chaſſan. & Covar. refert Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviſſ. c.* 8. & D. Tulden. *ad tit. de curat.* §. 1 *ſup.* Apud Friſios adminiſtratio marito permiſſa, alienatio ſine conſenſu mulieris non item. Sande *lib.* 11. *tit.* 4. *def.* 2.

TEXTUS.

De falſis allegationibus.

20. *Si quis autem falſis allegationibus excuſationem tutelæ meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.*

NOTÆ.

20. *Falſis allegationibus*) Ubi adde, ex eo tempore, quo datus eſt, tutelæ obligatum eſſe.

COMMENTARIUS.

Decretum, quo tutor, falſis allegationibus uſus, abſolutus eſt, ipſo jure nullum eſt, neque eum periculo tutelæ eximit, *l.* 1. *l. ult. C. ſi tut. falſ. alleg.* quod favore pupillorum ita conſtitutum eſſe credendum eſt. Nam regulariter ſententia ex falſis allegationibus lata ipſo jure non eſt nulla: ſed adverſus eam, ſi provocatum non ſit, petenda eſt reſtitutio, *arg. l. Divus.* 33. *de re jud. & tot. tit. C. ſi ex falſ. inſtrum.*

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. *Tit.* 10. *C. Lib.* 5. *Tit.* 43.

Continuatio & ſumma Tituli.

Ex tribus, quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Juſtinianus tractanda ſuſcepit, duo expoſita ſunt, ſatisdatio, & excuſatio. Supereſt tertium & ultimum, ſuſpecti tutoris vel curatoris accuſatio & remotio; quod hoc poſtremo hujus libri titulo nunc explicat. Oſtendit autem ſtrictim, unde ea accuſatio deſcendat, qui, apud quos, & a quibus, accuſari poſſint; inde, qui ſint ſuſpecti, & quibus ex factis tales arguantur & removeri debeant, docet; ac promiſcue, quæ hujus accuſationis remotioniſque ſit vis atque poteſtas.

TEXTUS.

Unde ſuſpecti crimen deſcendat.

Sciendum eſt, ſuſpecti crimen ex lege duodecim tabularum deſcendere.

COMMENTARIUS.

Suſpecti crimen ex lege duodecim tabb.) Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Eoque pertinere creditur, quod Cicero ſcribit III. *de offic. cap.* 15. *Dolum malum etiam legibus fuiſſe vindicatum, ut tutelam duodecim tabb.* Crimen autem hoc loco & apud Ulpian. pro criminatione ſive accuſatione poni certum eſt; neque inſolens eſt iſta hujus verbi ſignificatio, ſic enim accipitur in *l.* 7. *de accuſ. l.* 5. *de calum. l. propter.* 21. *de Senat. Silan.* & apud Cicer. *pro Roſc. Amerin. Tria ſunt*, inquit, *quantum exiſtimare poſſum, quæ obſtant hoc tempore Sexto Roſcio, crimen adverſariorum, & audacia, & potentia.* Quamobrem licet Theoph. recte verterit κατηγορίαν; cauſa tamen non erat, cur interpretem ejus Curtium, novumque utriuſque παραφράστου editorem Gothofredum carperet Bachov. quod in Latina verſione *crimen* retinuerint.

TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoſcunt.

1. *Datum autem eſt jus removendi tutores ſuſpectos, Romæ prætori, & in provinciis præſidibus earum, & legato proconſulis.*

NOTÆ.

1. *Legato proconſulis*) Jus removendi ſuſpectos tutores magiſtratibus competit vi ſuæ Juriſdictionis, & ideo ea mandata ſive in ſpecie ſive in genere, tranſit in eum, cui mandata eſt *l.* 1. §. 3. & 4. *hoc tit.* ergo etſi præſes mandaverit quod male negat Cujac. per *l.* 1. §. 11. *D. ad ſen. Turp.* nam ibi non excluditur, qui mandatam juriſdictionem habet, ſed magiſtratus municipiorum.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, ſuſpectum poſtulari poſſe.*

Datum eſt) Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi jus de ſuſpectis tutoribus cognoſcendi eoſque removendi ſpeciali aliqua lege aut ſenatusconſulto Prætoribus aut præſidibus datum ſit: quemadmodum cum dicimus jus dandi tutores alicui datum eſſe, hoc ſic accipimus, datum eſſe nominatim vel a principe, vel lege, vel ſenatu, *l.* 1. *l.* 3. *de tut. & cur. dat. l.* 6. §. 2. *de tut.* ſed jus hoc removendi tutores prætoribus & præſidibus more concedi propter vim imperii, hoc eſt,

iis competere vi & poteſtate magiſtratus ſui ſive juriſdictionis, ut de judicis dandi licentia, quam iidem magiſtratus habent, ſcriptum eſt, in *l. cum prætor.* 12. §. 1. *de judic.* Etenim longe alia ratio eſt tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris juriſdictionis non eſt, qua de cauſa nec mandari poteſt, *d. l.* 6. §. 2. *l. nec mandante* 8. *de tut. & cur. dat.* Cognitio de ſuſpectis & remotio juriſdictionis eſt, eaque ſive in ſpecie ſive in genere mandata in eum, cui mandata eſt, tranſit. *l.* 4. *in pr. de off. ejus cui mand. l.* 1. §. 4. *hoc tit.* Rurſus jus dandi tutoris etiam magiſtratibus municipalibus certa lege conceſſum eſt, *l.* 3. *de tut. & cur. dat.* §. 4. & 5. *ſup. de Atil. tut.* At de ſuſpecto cognoſcere ſoli poſſunt magiſtratus majores. *l.* 1. §. *ſuſpecti.* 11. *ad ſenat. Turpil.*

1 *Legato proconſulis*) Legato quoque proconſulis de ſuſpecto cognoſcendi jus eſt, non ut ſpecialiter ei conceſſum, ſicut tutoris datio oratione D. Marci *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.* ſed tanquam conſequens juriſdictionis a proconſule mandatæ, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l.* 4. *de off. ejus cui mand. eſt juriſd.* in qua lege quod Macer adjicit, *propter utilitatem pupillorum*, non ſic accipiendum eſt, quaſi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc ſententiam extorſerit; ſed quod hic cum ratione illa generali, ex qua mandata juriſdictione totum officium juris dicundi tranſit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum ſcilicet intereſt ut plures de ſuſpecto cognoſcere poſſint, ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli graſſetur. Pari ratione, & ſi prætor mandaverit juriſdictionem, poterit apud eum, cui mandata eſt, ſuſpectus poſtulari, *d. l.* 1. §. 4. *verſ. ergo.* Idemque omnino dicendum, ſi præſes mandaverit. Nec eſt contrarium, quod apud Marcianum *l.* 1. §. *ſuſpecti.* 11. *ad ſen. Turp.* legimus, ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe. & nullum alium de hujuſmodi quæſtione, quam præſidem, poſſe pronuntiare. Nam cognoſcente & pronuntiante eo, cui mandata eſt juriſdictio, ipſe qui mandavit, cognoſcere, & pronunciare intelligitur, & ille hujus vice, non ſua, fungi, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de Off. ejus cui mand. l. ſolet.* 16. *de juriſd. l.* 1. §. 1. *quis a quo app.* Solum excludere voluit Marcianus magiſtratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæſtio diſceptanda, non cognoſcunt, licet juriſdictionem aliquam habeant. Sic in *l. ubicumque.* 105. *de reg. jur.* quæ etiam ad propoſitam ſpeciem pertinet, cum prætor deſiderari dicitur, ubicumque cauſæ cognitio neceſſaria eſt, non excluditur is, cui a prætore juriſdictio mandata eſt, ſed duumviri ſive magiſtratus municipales, quibus ea, quæ majoris cujuſdam poteſtatis ſunt, facere non licet, *l. ea, quæ.* 26. *ad munic.* junct. *l.* 1. & 4. *de damn. inf.* Hodie etiam noſtri magiſtratus municipales, quos Scabinos appellamus, de ſuſpectis tutoribus cognoſcendi, eoſque removendi jus habent.

Textus.

Qui ſuſpecti fieri poſſunt.

2. *Oſtendimus, qui poſſunt de ſuſpecto cognoſcere: nunc videamus, qui ſuſpecti fieri poſſint. Et poſſunt quidem omnes tutores fieri ſuſpecti, ſive ſint teſtamentarii, ſive non ſint, ſed alterius generis tutores. Quare etſi legitimus fuerit tutor, accuſari poterit. Quid ſi patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum eſſe, licet ut ſuſpectus remotus fuerit.*

Commentarius.

Poſſunt quidem omnes tutores) Item omnes curatores, ſive adoleſcentis, ſive furioſi aut prodigi curam gerant *l.* 3. §. 2. *eod.* ſed & curator ventri datus ſuſpectus poſtulari poteſt *d. l.* 3. §. 3. Locus hic deſcriptus eſt ex *l.* 1. §. *oſtendimus* 5. *eod.*

Quare etſi legitimus) Indicare videtur, facilius tutores teſtamentarios & dativos ut ſuſpectos accuſari & removeri poſſe, quam legitimos, eoſve, qui vinculo neceſſitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti ſunt: quibus potius curator adjungendus eſt, quam ut notata fide atque exiſtimatione removeantur, *l. ſi tutor.* 9. *eod.*

Famæ patroni parcendum) Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortaſſis ne poſtulari quidem ſuſpectus parens potuit, ſed ſimpliciter curator ei adjungendus fuit. Illud conſtat, liberto & filio ſemper honeſtam & ſanctam perſonam patris & patroni videri debere, *l. liberto* 9. *de obſ. par. & patron.* Atque hinc eſſe, quod nullæ actiones famoſæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adverſus parentes patronoſve inſtitui poſſint: ſed ex quibus cauſis actio in alios famoſa datur, ex iiſdem adverſus illos in factum detur, omiſſa doli mentione, *l. non debet.* 11. *de dol. l.* 2. *l.* 5. §. 1. *d. tit. l.* 1. §. *interdictum.* 43. *de vi & de vi arm.* quod in propoſito proclive eſt, eo quod hæc actio natura ſua famoſa non ſit, vid. *l.* 3. §. *ult. cum l. ſeq. & l.* 9. *hoc tit.*

Textus.

Qui poſſunt ſuſpectos poſtulare.

3. *Conſequens eſt, ut videamus, qui poſſint ſuſpectos poſtulare. Et ſciendum eſt, quaſi publicam eſſe hanc accuſationem, hoc eſt, omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex reſcripto Divorum Severi & Antonini: ſed hæ ſolæ, quæ pietatis neceſſitudine ductæ, ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia: poteſt & ſoror; ſed & ſi qua alia mulier fuerit, quam prætor propenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientem, ſed pietate productam, non ſuſtinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem.*

Notæ.

3. *Quinimo mulieres*) In tantum pupillorum gratia a conſuetudine judiciorum receſſum eſt.

Pietatis neceſſitudine) Apud Ulp. *l.* 1. §. 7. unde hæc ſumpta, legitur *pietate neceſſitudinis.*

Com-

Commentarius.

Deſcripta hæc ſunt ex Ulpiano, *l.* 1. §. *conſequens.* 6. *hoc tit.* Ait, *quaſi publicam*; quæ nota eſt improprietatis. Revera enim hæc accuſatio publica non eſt. Nam ſive finem ejus ſpectes, non perſequitur injuriam reipubl. illatam, ſed pupillo; ſive formam & exercitionem, non extra ordinem a præfecto urbis aut præſidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l. ord.* 8. *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. de pœn.* ſed ut de re pecuniaria in privatis judiciis a prætore vel præſidibus, iiſve, quibus ab his mandata eſt juriſdictio, *arg. l. ult. de priv. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is ſubſcribere in crimen, quod intendit, debet, *l.* 3. §. 1. *de accuſ.* & deſiſtens ab accuſatione, incidit in ſenatusconſultum Turpilianum: quorum neutrum eſt in poſtulatione ſuſpecti, *d. l. ult. de priv. del. l.* 1. §. *ſuſpecti.* 11. *ad Turpil.* Cur igitur hæc accuſatio dicitur publica? nimirum quia publicæ ſimilis eſt in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium eſt, §. 1. *inf. de publ. jud.* Cui addi & alterum poteſt, quia & nullo accuſante ipſe magiſtratus ex officio manifeſte ſuſpectum repellere poteſt. *d. l.* 3. §. *præterea* 4. *hoc tit.* junct. *l.* 13. *de offi. præſ. l.* 1. *in pr. C. de cuſt. reor.* Chriſtin. *vol.* III. *deciſ.* 157. *n.* 1.

Mulieres admittuntur) Contra morem judiciorum. Et notandum eſt, quod ad hanc accuſationem admittantur non eæ tantum mulieres, quæ pupillo neceſſitudinis aliquo vinculo junguntur; verum etiam quævis aliæ, quas modo commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem eſſe ſuſpecti tutoris accuſandi licentiam, quam criminis publici judicii intentandi: quippe cum mulieri permiſſum non ſit publico judicio quenquam reum facere, præterquam ſi ſuam aut ſuorum injuriam perſequatur, *l.* 1. *&* *l.* 2. *de accuſ. l. de crimine.* 12. *C. qui accuſar. non poſſ.* In tantum pupillorum gratia a conſuetudine judiciorum deflexum eſt. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. VIII. *c.* 6. quod ex Platonis lege deſcendit, *lib.* XI. *de legib.* Uſus autem non ſervat, vid. Groenew, *de ll. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

Textus.

An pubes vel impubes.

4. *Impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare: puberes autem curatores ſuos ex conſilio neceſſariorum ſuſpectos poſſunt arguere: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

Commentarius.

Hæc eadem traduntur in *l.* 7. *hoc tit. l.* 6. *C. eod.* Ait, *impuberes non poſſunt, &c.* In poſtulandis ſuſpectis tutoribus principaliter perpendendum eſt, an quid ſegniter aut fraudulenter gerant, *l.* 5. *C. eod.* in quo cum animi judicio opus ſit, mirum non eſt, impuberes ad hanc accuſationem non admitti, ut culpent mores tutoris ſui, a quo ipſi regi debent. Sufficit, hanc accuſationem omnibus patere, ipſumque adeo prætorem per ſe tutorem repellere poſſe, *l.* 3. §. 1. *in fin. &* §. *præterea* 4. *eod.*

Puberes autem curatores ſuos) In rebus, quæ privati judicii quæſtionem habent, ſicut pupillus auctore tutore, ita & adultus, curatore conſentiente, litem & intendere & excipere debet, *l.* 2. *C. qui leg. perſ.* Publica accuſatio pupillis omnino non patet, *l.* 8. *de accuſ.* niſi quod eis ſpeciatim conceſſum eſt, ut de conſilio tutorum mortem patris exequantur, *l.* 2. §. 1. *d. tit.* Puberes vero etſi & ipſi regulariter publico judicio accuſare non poſſunt, *l.* 4. *C. de auct. præſt.* poſſunt tamen curatore auctore, ſi ſuam ſuorumve injuriam perſequantur, *l. ſi maritus.* 15. §. *lex Julia.* 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 7. *C. eod. l.* 11. *de accuſ.* Gloſſ. *in d. l.* 4. *C. de auct. præſt.* Quapropter ſi in hoc quoque accuſationem ſuſpecti ſimilem eſſe volumus accuſationi publicæ, videri poterit, nihil eſſe in propoſito ſpeciale, quia ſuam injuriam minor perſequitur, qui curatorem ſuum ſuſpectum facit.

Ex conſilio neceſſariorum) Quorum in ea re præſcriptum minor ſequetur: quod ſi illi nolint in accuſationem conſentire, judicis a minore aditi officium erit, videre ne quid detrimenti minor capiat, *arg. l. ſi cum dotem* 22. §. *nec non* 7. & ibi Bart. *ſolut. matr.* Cantiuncula & Mynſ. *hic.*

Textus.

Qui dicatur ſuſpectus.

5. *Suſpectus autem eſt, qui non ex fide tutelam gerit, licet ſolvendo ſit, ut Julianus quoque ſcripſit. Sed & anteaquam incipiat tutelam gerere tutor, poſſe eum quaſi ſuſpectum removeri; idem Julianus ſcripſit: & ſecundum eum conſtitutum eſt.*

Commentarius.

Hoc §. in genere docet Imp. quis ſit ſuſpectus, & unde talis eſſe deprehendatur. Ait, ſuſpectum eſſe qui non ex fide tutelam gerit, quod ſic accipiemus, non tantum ſi fraudulenter & callide in rebus pupilli verſetur, ſuive quæſtus aut commodi cauſa res adminiſtret; ſed etiam ſi negligenter aut ſegniter, neque ea integritate ac ſollicitudine, qua oportet, *l.* 3. §. *ult. hoc. tit. l.* 5. *C. eod.* Nec tutori quicquam prodeſt, quod ſolvendo ſit, quod ſatisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, ſeu ex moribus ſuſpectus æſtimandus eſt, *l.* 5. *l.* 6. *eod. d. l.* 5. *C. eod.* §. *ult. inf. eod.* & pupillo ſemper utilius eſt, ſic ei proſpici, ut ab initio nullum damnum ſentiat, quam ut poſtea laboret de conſequenda indemnitate, *arg. l. ult. C. in quib. caſ. in int. reſt. non eſt nec.* quod Papinianus noſter ſic expreſſit: *Expedit pupillo, rem ſuam ſalvam habere, quam tabulas rem ſalvam fore cautionis. d. l.* 5. *eod.*

Anteaquam tutelam gerere incipiat) Puta ſi vel ſatisdare nolit, *l.* 1. *l.* 3. *C. de tut. qui ſat. non ded.* vel contumax ſit, *l.* 3. *C. hoc tit.* vel ſi ob ignaviam aut negligentiam non geſſerit, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l.* 4. §. *ult. eod.* & generaliter ſi qua juſta cauſa ſit, ob quam videatur rejiciendus, *arg. l.* 3. §. *ſi tutor.* 12. *eod.* Vinn. In primis huc pertinent caſus in §. 9. & 10. *h. t.* item mores, qui ſuſpicionem negligentiæ vel doli injiciunt: §. *ult. h. t.* Hein.

Textus.

De effectu remotionis.

6. Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum, famoſus eſt: ſi ob culpam, non æque.

Notæ.

6. Ob dolum famoſus) l.1. D. de his qui not.infam. Debet autem decreto cauſa ſignificari: alias integra exiſtimatione tutela abibit, *l.4. §. 1. & 2. D. h.t.*

Ob culpam non æque) Hoc eſt, ſegnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, ruſticitatem, *l.3. §.ult. eod.* Theoph. δια ῥᾳθυμιαν. Quid ſi tutoris lata negligentia arguatur? Non videtur ſalva exiſtimatione abire; quia iſta prope fraudem accedit, *l.7. §.1.eod.* in doli crimen cadit, *l.1.§.5.D.de obl.& act. l.32.D. depoſ.* Vinn. Eleganter hanc *l.7. §.1.ff. h.t.* explicat B. Huberus ex *l.32.ff.depoſiti.* quæ ſimiliter diſtinguit, ſitne depoſitarius in ſuis rebus diligens, an ſupinæ & enormis ſocordiæ. Vid. *Prælect. ad Inſt.h.t. §.7.* Hein.

Commentarius.

1. *Culpa nomen & generale eſſe & ſpeciale.*
2. *Genera culpæ obiter diſtincta atque expoſita.*
3. *Ob latam culpam remotus an famoſus fiat, & quid moribus noſtris?*

Accuſationis finis eſt remotio. Ceterum pro qualitate cauſæ & admiſſi, alii ſimpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnunquam gravius puniuntur. Qui ſalva aut notata exiſtimatione removeantur, oſtenditur hoc §. propriæ pœnæ adverſus quos conſtitutæ ſint, *§. ſi quis tutor. 9. & 2. ſeqq. inf. eod.*

Siquidem ob dolum) Ait remotum ob dolum famoſum eſſe, ob culpam non æque. Dolus eſt quævis calliditas & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, *l.1.§.2. de dol.* Culpa eſt omne factum, quo nocetur, alteri injuria, ſed ἀπροαιρετως, id eſt, ſine
1 animo & propoſito fraudandi. Etſi enim culpa generali ſignificatione etiam dolum continet. Cic. 1. *de Off. cap.26.Cavendum, ne major pœna ſit, quam culpa,* & in L.Aquilia conſtat culpæ nomine etiam dolum venire, *l.5.§.1.*junct. *l.30. §. pen. ad Leg.Aquil.* In ſpecie tamen accepta a dolo diſtinguitur, ut factum incon-
2 ſultum a conſulto & malitioſo. Genera culpæ tria in jure noſtro memorantur, lata, levis, leviſſima. Lata culpa eſt, non providere, curare, cavere, quod omnes qui modo ſenſu communi præditi ſunt, provident: & intelligunt ſe curare debere, *l.cedere diem 213. §. ult. l. lata 223.de verb.ſign.l.quod Nerva 32.depoſ.l.pen. §.2. de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque περιφραςικως dicitur culpa dolo proxima, *l.8. §. 3. de precar. l.8. pr. de edend. l.1. §.2. ſi is qui teſt.lib.* Levis eſt omiſſio diligentiæ, quam vulgo homines frugi in ſuis rebus adhibere ſolent, *l. heredes 25. §. non tantum, 16. fam. erciſc.l.1.de tut.& rat.diſtr.l.8.§.4.de obl.& act.* Leviſſima eſt omiſſio ejus diligentiæ, quam in ſuis rebus præſtare ſolet diligentiſſimus paterfam. & fere per oppoſitum indicatur, cum diligentia præſtari dicitur ſimpliciter, *l.5.§.2.commod.l.23.de reg.jur.* quod loco magis opportuno latius explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hic Imperator culpam latam, ſed leviorem: ſiquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, *l.7. ad leg.Corn.de ſicar.* ſemper dolum interpretatione juris repræſentat *l. magna 226. de verb.ſignif.d.l.quod Nerva 32.depoſ. l.1. §.1. ſi menſ. falſ.mod.l.8. §.3. de prec. l.1. §.is quoque 5. de obl. & act.* etiam in famoſis, *l. 11. §.ult. de his qui not. infam. l. probrum 42. in fin. de verb. ſign.* adeoque etiam in actione pœnali, *l. 1. §.2. ſi is qui teſt. lib.* Unde etſi dolus tantum præſtari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *l. contractus 23. de reg.jur. l. 5. §.2. commod. § pen. inſ. quib.mod. re cont. obl.* Nec movere debet, quod verbum culpæ hic ſimpliciter & ſine diſtinctione dolo opponitur: quotieſcumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum abſolute ponitur, toties in uſu juris ſignificatur levis duntaxat, *d.l.5. §. 2. commod. l. 23. de reg.jur. l.1[illegible]. de neg. geſt. l.5. §. 3. de in lit. jur. l.1. §. ſæpe 35. d[illegible]. cum ſimilib.* Fruſtra igitur objicitur, quod in dubiis benigniora præferenda, *l. ſemper 56. de reg. jur.* quod pœnæ legum interpretatione molliendæ, *l.pen.de pœn.* odia reſtringenda. *C.odia Pand. de reg. jur. in 6.* Nam cum de ſententia auctorum juris quæritur, uſus præcipue ſpectandus eſt, *l.7. §. 2. de ſup. leg.* De uſu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quod vero famæ & exiſtimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum eſſe apparet ex *l. capitalium 28. de pœn.* Sane cauſa famoſa aliquando confertur cum capitali, ut in *l.9. de man. vind. l.8. §.2. quod met. ca.* ſed ſatis conſtat id fieri reſpectu certæ alicujus rei: in *d. l. 9.* intuitu cauſæ manumiſſionis apud conſilium allegandæ & probandæ; in *d. l. 8. §. 2.* ratione metus vel electionis: quod huc non pertinet; non enim quid metuat aut eligat, ſed quid mereatur tutor, quærimus. Concludimus igitur tutorem remotum infamem fieri, non ſolum, ſi ob fraudem remotus ſit, quod in tutela graſſatus fuerit, aut ſordide egerit vel perniciose pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, *l. 3. §. nunc videamus 5. hoc tit.* verum etiam ſi ob latam negligentiam, puta quod in ſuis diligens, in rebus pupillaribus ſupine & diſſolute negligens ſit; quia talis negligentia prope fraudem accedit, *l. 7. §.1. eod.* & interpretatione atque effectu juris dolus eſt, *d. l. quod Nerva 32. d. poſ. l. magna 226. de verb. ſign.* Eos autem, qui ob leviorem culpam, ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam removentur, in ea cauſa eſſe, ut integra exiſtimatione tutela abeant, *d.l.3. §.ult. hoc tit.* quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra pleroſque interpretes, qui negant, latam culpam infamare: quo in numero etiam ſunt Schneid. & Weſembec. Plane mitior hæc ſententia moribus noſtris accommodatior eſt, quia a veteris diſciplinæ ſeveritate multum deſcivimus: de quo queritur D. Tulden. *in comm. hic. c. ult.* Illud conſtat, cauſam remotionis decreto exprimendam eſſe, ut appareat de exiſtimatione; nam ſi cauſam remotionis non ſignificaverit decreto ſuo prætor, fama remoti non læditur, *l. 4. §. 1. & 2. eod.*

Textus.

De effectu accuſationis.

7. *Si quis autem ſuſpectus poſtulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei adminiſtratio, ut Papiniano viſum eſt.*

Commentarius.

Pendente cauſæ cognitione interdicitur tutori adminiſtratio, atque alius interea in locum ejus in adminiſtratione rerum ordinatur, *l. eum quem* 7. *C. hoc tit.* ipſaque adeo poſtulatione ſuſpecti etiam citra decretum id effici videtur, *l. quod ſi* 14. §. 1. *in fin. de ſolut.* Et recte: nam ut ſuſpectum non convictum in totum removere iniquum eſt, ita eum, qui in ſuſpicionem lite inſtituta vocatus eſt, perſeverare in adminiſtratione non expedit. Ajo, *lite inſtituta*; neque enim protinus allegata cauſa ſuſpicionis tutori interim auferenda adminiſtratio: ſed ita demum, ſi concurrant aliqua indicia, ſuper quibus tutor auditus ſit & litem conteſtatus; quod & DD. plerique tradiderunt, & probat Ant. Fab. *Cod. ſuo defin.* 2. *de ſuſp. tut.*

Textus.

Quibus modis cognitio finitur.

8. *Sed ſi ſuſpecti cognitio ſuſcepta fuerit, poſteaque tutor vel curator deceſſerit, extinguitur ſuſpecti cognitio.*

Notæ.

8. *Extinguitur ſuſp. cogn.*) Sed & ſi alio modo tutela finita ſit, cognitio ſuſpecti ſolvitur, *l. pen. D. eod. l. 1. C. eod.* & ſi quid damni pupillus ſenſerit, id ſarciri poteſt actione tutelæ, *l. 4. D. de tut. & rat. diſt.* Vinn. Aſt quia hæc ratio ceſſat, ſi ob atrocius factum, & quod animadverſionem acriorem mereatur, ſuſpectus ſit tutor: non abs re colligere mihi videor, hoc caſu ſuſpecti cognitionem, finita interim tutela non extingui. Hein.

Commentarius.

In hac poſtulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, ſed hoc tantum, ut tutor removeatur a tutela: quo remoto ſi quid damni ex mala ejus adminiſtratione pupillus ſenſerit, id ſarciri poteſt actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio ſuſpecti inſtituitur; quoniam durante tutela, tutelæ agi non poteſt, *l. 4. de tut. & rat. diſtr.* Quibus conſequens eſt, finita quomodocumque tutela ſolvi cognitionem ſuſpecti, quamvis pridem receptam, *l. pen. C. hoc tit. l. 1. C. eod.* In quo item ſimilis hæc accuſatio videtur criminali, quæ ipſa, cœpto licet judicio regulariter morte rei extinguitur, *l. ult. ad leg. Jul. maj. l. 1. & 2. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Nam in cauſa civili, licet pœna quoque petatur, actio judicio ſemel incluſa ſalva ſemper permanet atque in ſolidum tranſit in hæredem, *l. omnes 26. de obl. & act. l. omnes 139. de reg. jur. §. 1. infr. de perp. & temp. act.*

Textus.

Si tutor copiam ſui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam ſui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epiſtola divorum Severi & Antonini, ut in poſſeſſionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora futura ſunt, dato curatore, diſtrahi jubentur. Ergo ut ſuſpectus removeri poterit, qui non præſtat alimenta.*

Notæ.

9. *Copiam ſui non faciat*) Latitans, dolo abſens, non juſta de cauſa, Ex *l. 3. l. 7. §. 2. l. 2. D. h. t.*

Ergo ut ſuſpectus) Bene *ergo*. Nam ſi non poteſt removeri, non eſt cur pupillus mittatur in poſſeſſionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

Commentarius.

Quia alimenta pupillo non temere decernenda ſunt, ſed cauſa cognita: quam rem prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet. *l. 3. ubi pup. educ.* ideo adverſus tutorem, qui ne alimenta pupillo decernantur, ſui copiam non facit, propria pœna conſtituta eſt, eadem nimirum, quæ adverſus debitores latitantes, ut pupillus rei ſervandæ cauſa in poſſeſſionem bonorum tutoris mittatur, quomodo mitteretur creditor in poſſeſſionem bonorum debitoris, qui abſens non defenditur, ex edicto *quib. ex cauſ. in poſſ. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quam aliis creditoribus: quippe quibus in poſſeſſionem miſſis nuda tantum rerum debitoris cuſtodia & obſervatio interim conceditur, *l. 1. quib. ex cauſ. in poſſ.* donec ob contumaciam perſeverantis ſui copiam non facere, prætor de conſenſu creditorum, curatore conſtituto, bona diſtrahi permittat, *tot. tit. d. cur. bon. dand.* Pupillo autem in poſſeſſionem miſſo, ſimul quæ mora deteriora futura ſunt ex bonis tutoris, dato curatore diſtrahi jubentur; atque, ut arbitror, ut ex pecunia ex earum rerum venditione redacta pupillo interim alimenta conſtituantur. Quod ſi hoc remedio & edictis evocatus tutor vinci & adigi non poſſit, ut veniat, ſuique copiam faciat, tum non tantum quaſi contumacem, ſed etiam ut ſuſpectum removeri eum oportet: quod tamen & ſerraro & diligenti habita inquiſitione faciendum eſſe monet Ulpian. *l. 7. § p. n. & ult. hoc tit.* Atque hic quoque ſenſus eſt hujus loci, & *l. 3. §. tutor. 14. eod.*

Textus.

Si neget alimenta decerni poſſe, vel tutelam redemerit.

10. *Sed ſi quis præſens negat propter inopiam alimenta poſſe decerni, ſi hoc per mendacium dicat, remittendum eum eſſe ad præfectum urbi puniendum placuit: ſicut ille remittitur,*

qui

qui data pecunia miniſterium tutela acquiſierit, vel redemerit.

N o t æ.

10. *Alimenta poſſe decerni*) A prætore ſcil. cui jus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, *l.* 3. *D. ubi pup. educ.*

Ad præfectum urbi) *L.* 3. §. 15. *D. hoc tit.* puniendum ſcilicet extra ordinem & pœna corporali, εις το σωμα, quod eſt meri imperii; qualem poteſtatem prætor non habet, ſed præfectus urbi: unde & ad hunc remiſſio fit; ut & alias, *l.* 1. § 7. *D. de off. præf. urb. l.* 2. *D. de ſuſpect. tut.*

Data pecunia miniſterium tutela) Cujac. reſtituit. *Data pecunia miniſteriis, tutelam redemerit*, ex *d. l.* 3. §. 15. *miniſteriis*, id eſt, *officialibus & miniſtris prætoris.* Vinn. Scriptum fuiſſe videtur, *qui data pecunia miniſteriis m.* (id eſt magiſtratuum,) *tutelam adquiſierit.* In *l.* 3. enim §. 15. *h. t.* eſt: qui tutelam corruptis miniſteriis prætoris redemerunt. Tribonianum ergo pro *prætore* ſubſtituiſſe arbitror *magiſtratum*, ex cujus vocis prima littera antecedenti vocabulo juncta natum videtur vocabulum *miniſterium*. Hein.

T e x t u s.

De liberto fraudulenter adminiſtrante.

11. *Libertus quoque, ſi fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni geſſiſſe probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.*

N o t æ.

11. *Libertus quoque*) Ex Ulpian. *l.* 2. *D. hoc tit. l.* 10. *C. de adm. tut.*

C o m m e n t a r i u s.

Diximus non multo ante, tutores pro qualitate facti vel ſimpliciter removeri, vel cum infamia nonnunquam etiam gravius ſimul coerceri: quod fit in his delictis, ſi quis præſens negaverit, pupillo quaſi inopi alimenta decerni poſſe, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; ſi quis tutelam corruptis miniſteriis prætoris redemerit; ſi libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni geſſerit: quæ tria his §§. proponuntur ex *l.* 2. & *l.* 3. §. *ſed ſi non* 15. *hoc tit.* Sunt autem plura, ut ſi quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; ſi conſulto circa patrimonium edendum quantitatem minuerit: ſi evidenti fraude pupilli bona alienaſſe probetur, *l.* 1. §. *ſolent* 7. *de off. præf. urb. l.* 9. *de tutel.* Hos omnes traditum eſt ſeveriore animadverſione indigere, quam ut ſufficiat eis ſuſpectorum infamia: ideoque ad præfectum urbi ſolitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna ſcilicet corporali: nam multæ dicendæ jus etiam Prætori, ceteriſque, qui juriſdictionem habent, competit. *l.* 2. §. *ult. de judic. l. aliud eſt fraus* 131. §. 1. *de verb. ſign.* Graviorem autem omnem animadverſionem, ſive imperium, quod dicitur merum, præfectura urbis ſibi vindicavit, *d. l.* 1. *de off. præf. urb.* Apud nos quemadmodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt, dicemus *ſub tit. ult. lib.* iv.

T e x t u s.

Si ſuſpectus ſatis offerat: & quis dicatur ſuſpectus.

12. *Noviſſime autem ſciendum eſt, eos, qui fraudulenter tutelam adminiſtrant, etiamſi ſatis offerant, removendos eſſe a tutela: quia ſatiſdatio tutoris propoſitum malevolum non mutat, ſed diutius graſſandi in re familiari facultatem præſtat. Suſpectum etiam eum putamus, qui moribus talis eſt, ut ſuſpectus ſit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper ſit, fidelis tamen & diligens, removendus non eſt quaſi ſuſpectus.*

N o t æ.

12. *Etiamſi ſatis offerant*) Expedit enim pupillo rem ſuam ſalvam tenere, quam habere cautionem, *l.* 5. *D. h. t.* fac. *l. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt.*

Etiam eum) *l.* 8. *D. eod.* Vet. *ſuſpectum enim eum.* Teoph. γαρ. Suſpectum mores faciunt, non tenues facultates.

Quamvis pauper) Nunquam paupertatis occaſione ſuſpectus poſtulari, aut ut ſuſpectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, *l.* 5. *C eod.* Sed poteſt curator ei adjungi, ſi ſubſtantia pupilli periclitetur, *l.* 6. *C. eod.* aut removeri ex eo capite, quod non ſatiſdet, *l.* 2. *C. de tut. qui ſat. non ded.*

C o m m e n t a r i u s.

Etiamſi ſatis offerant) De eo dictum ſub §. *ſuſpectus* 5. *ſup. eod.* Ut autem neque divitiæ neque ſatiſdatio tutorem ſuſpicione liberant, ita nec ex adverſo eum onerat paupertas. Nam etſi pauperi, qui ſe imparem oneri impoſito docere poſſit; vacatio tribui ſolet, §. *ſed & propter paupertatem* 6. *tit. praced.* aut qui propter inopiam ſatiſdare non poteſt, removendus eſt: *l.* 3. *C. de tut. qui ſat. non ded.* nunquam tamen paupertatis occaſione ſuſpectus poſtulari eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus, ſuſpectum argui convenit. *l.* 8. *hoc tit. l.* 5. *C. eod. l. ſi creditores* 31. §. 1. *reb. auct. jud. poſſ.*

FINIS LIBRI PRIMI.

ARNOLDI VINNII, J.C.

IN LIBRUM SECUNDUM

INSTITUTIONUM

IMPERIALIUM

COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO EARUM DOMINIO.

D. Lib. 1. *Tit.* 8. & *Lib.* 41. *Tit.* 1.

Ratio ordinis, & ſummæ tractationis de jure rerum.

COgnita hominum qualitate & differentia, expoſitoque eo jure, quod cuique pro conditione perſonæ ſuæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne verſatur, primum eſt, tranſit Imperator ad alterum atque huic proximum, res externas: ut quod lex methodi exigit, eo ordine ſingula explicet, quo ea propoſita ſunt §. *ult. ſup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inſcriptionem, *De rerum diviſione, & de acquirendo earum dominio*. Nimirum quæ duobus diſtinctis titulis in Pand. tractata ſunt, ea in unum huc retulit Juſtinianus. Et quia in rebus tantum cujuſque eſt, quantum natura earum & conditio patitur: primo varie eas dividit, ut differentia earum cognita, jus quod in iis habemus, (qua conſideratione rerum tractatio propria eſt Juriſconſulti,) melius intelligatur. Deinde proponit & perſequitur modos, quibus res, quæ ſingulis acquiri poſſunt, ſingulis acquirantur, initio facto a rebus dominii noſtri aut ſimilis in rem juris. Poſtremo tractat de obligationibus, idque demum *tit.* 14. *lib.* III.

TEXTUS.

Continuatio, & duplex rerum diviſio.

Superiore libro de jure perſonarum expoſuimus; modo videamus de rebus, quæ vel in noſtro patrimonio, vel extra patrimonium noſtrum habentur. Quædam enim naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum, quæ ex variis cauſis cuique acquiruntur, ſicut ex ſubjectis apparebit.

NOTÆ.

In patrimonio) Id eſt, *in bonis*. In bonis autem noſtris non tantum ſunt res corporales, verum etiam incorporales & jura *l.* 49. *de verb. ſign. l.* 52. *de acq. rer. dom.* Igitur & ſervitutes, *l.* 5. §. 9. *D. de Op. nov. nunt. tit. ſi uſ. pet. & ſi ſerv. vind. & de itin. act. priv. l.* 3. & 4. *quæ in fraud. cred.* Nec obſtat. *l.* 1. *D. de uſufr. leg.* quia ibi Paul. non diſputat de jure aliquo conſtituto; ſed demum conſtituendo: quod ait in bonis non eſſe, quia dominus hujuſmodi jus formale non habet: nec tamen extra bona; quia habet ſaltem cauſative, ut loquuntur.

Quædam nullius) Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius eſſe.

Pleraque ſingulorum) Nimirum res omnes, quæ in dominio noſtro ſunt, aut quaſi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

COMMENTARIUS.

1\. *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis noſtris, neque extra bona ſint.*

De

De *rebus*) Quid rei appellatione, quæ alioqui generalis eſt, hic ſignificetur, docet nos objectorum juris diſtinctio: nempe quicquid eſt extra perſonam; & actiones, quod homini uſui aut commodo eſſe poſſit, ſive id divini juris ſit, ſive humani, ſive publici, ſive privati, ſive corporale, ſive incorporale, ſive dominium, aut jus aliquod in rem a dominio diverſum aut ſeparatum, ſive obligatio: nam & ea, ut res in bonis noſtris, huc pertinet, quod pluribus oſtendemus *ſub tit. de oblig. lib.* III.

Vel in noſtro patrimonio vel extra) Patrimonii nomine proprie ſignificari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: ceterum conſuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque pa erſam. habet. Igitur in Patrimonio
1 eſſe, & in bonis eſſe, idem valent. Sunt, quibus hæc diviſio manca videtur, quaſi conſtitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis noſtris, neque extra bona ſint, cujus generis res, auctore Paulo *l.* 1. *de uſufr. leg.* ſint ſervitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audivi futilius. Non erit in bonis noſtris ea res, quæ bona noſtra & patrimonium auget, *l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt.* quæ pro debito pignori mihi obligata eſt, juxta *l.* 12. *de pign.* quæ domino prædii dominantis magni ſæpe conſtitit, & quam prædii ſervientis dominus magno velit redimere? cujus denique perſequendæ & tuendæ cauſa actio aliaque remedia jure prodita ſunt? *l. rem in bonis.* 52. *de acq. rer. dom. l. bonorum.* 49. *de verb. ſign.* junct. §. 2. *inf. de act. l.* 6. §. 1. & *ult. ſi ſerv. vind. d. l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt. tit. de itin. act. priv. & aq. cot. & æſt.* Cur igitur actione Pauliana revocantur ſervitutes per fraudem non utendo amiſſæ, *l.* 3. & 4. *quæ in fraud. cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrionium ſuum in fraudem creditorum deminuunt? *l.* 6. *eod.* Aut cur magis res ceteras incorporales in bonis eſſe dicimus, quam ſervitutes? Veterum ſane nemo eſt, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, ſervitutem alicui conſtitutam & quæſitam non eſſe in bonis ejus, cui conſtituta & quæſita ſit, neque etiam Paulo, qui in *d. l.* 1. non diſputat de jure aliquo alicui conſtituto, ſed demum conſtituendo: cujus tamen diſputatio poſita eſt in mera ſubtilitate. Legavit aliquis uſum aut uſumfructum itineris per fundum ſuum. Negat Paulus id legatum ſubſiſtere: quia ratio juris non patitur, ut ſervitus ſervitutis conſtituatur: nec eſſe utile, ait ex Senatusconſulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis ſint, uſusfructus legari poſſit; quia id jus, cujus uſus legatus proponitur, in bonis teſtatoris non fuerit, hoc eſt, quia teſtator id jus formaliter & ſeparatum non habuerit: nam utique, ut dominus, jus habebat eundi in ſuo, poteratque id jus a dominio ſeparare; alterique ſub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, ſervitute non conſtituta, uti volentem prohibere: unde fortaſſis addidit, nec eſſe extra bona. Tantum quia dominus, ut dixi, hujuſmodi jus formale non habet, hoc eſt, ſeparatum a jure dominico titulo ſervitutis, cum nemini res ſua ſerviat, *l.* 5. *ſi uſusfr. pet.* uſus autem itineris tanquam juris ſeparati & formalis, legatus proponitur; negat, legatum eſſe uſum rei, quæ erat in bonis teſtatoris: quippe quæ nec erat quidem eo, quo dixi, modo, ſed cauſative tantum. Eſſe autem hanc diſputationem de apicibus juris, Paulus ipſe fatetur, cum legatum aut hujuſmodi uſus conſtitutionem admittendam cenſet beneficio cautionis a legatario præſtandæ de reſtituenda poſt mortem ſuam aut capitis deminutionem ſervitute. Vinn. Immo ita nonnunquam loquebantur veteres de rebus corporalibus, quas & *eſſe*, & in *dominio*, & in *bonis* eſſe negabant. Quia tamen animo intelliguntur, & utilitatem præſtant, hinc nec extra bona ſunt. Vid. V. C. Ger. Noodt *Probab. Lib.* II. *cap.* III. Hein.

Quædam enim naturali jure communia) Non eſt nova hæc diviſio, ſed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet, ut intelligamus ea, quæ ſingulorum ſunt, in patrimonio haberi; quæ communia, publica, univerſitatis, & maxime quæ divini juris ſunt, extra patrimonium eſſe. Aptior ad docendum nonnullis videtur diviſio Caji *l.* 1. *hoc tit.* qui ſic diſtinguit, ut dicat, rerum alias eſſe divini juris, alias humani. Divini juris quæ ſunt, nullius in bonis eſſe, veluti res ſacras, religioſas, ſanctas. Res humani juris aut publicas eſſe, quæ & ipſæ nullius in bonis ſint, aut privatas, quæ ſingulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas, & univerſitatis diſtinguuntur. Huic autem diviſioni mox aliam ſubjicit, quod quædam res corporales ſint, quædam incorporales; quæ a Juſtiniano demum traditur, atque exponitur *tit. ſeq.* Apud Martianum *l.* 2. *hoc tit.* diviſio propoſita uno membro mutilata traditur, ut liquet ex *l.* 4. & 5. *eod.* Vinn. Martianus in diviſione ſua non tam omiſit res publicas, quam easdem communium nomine complexus eſt. Communes enim & publicæ ſæpe pro iiſdem habentur: *l.* 24. *ff. de damn. inf.* Unde non mutilata videtur *l.* 2. *ff. h. t.* ſed a Triboniano in hoc §. paullo fuſius explicata. Vid. Ger. Noodt *Prob. Lib.* I. *cap.* 7. Hein.

Pleraque ſingulorum) Hæc ſunt, quæ privata dicuntur, nimirum res omnes, quæ vel in dominio noſtro ſunt, aut quaſi dominio, aliaque in rem jura a dominio ſeparata, vel quæ adhuc nobis præſtanda ſunt ex obligatione. Unde non male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potiſſimum capita referunt, quorum unum eſt de dominio, alterum de obligatione; dominii appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

Textus.

De Aere, aqua profluente, mari, littore, &c.

1. *Et quidem naturali jure communia ſunt omnium hæc, aer, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis, & monumentis, & ædificiis abſtineat: quia non ſunt juris gentium, ſicut eſt mare.*

Notæ.

1. *Naturali jure communia*) Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque a Nerat. *l.* 14. *de acq. rer. dom.* quæ a natura ad omnium uſum prodi-

ta in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc ex *l.2. §.2. & l.4. D. eod.*

Aer, aqua profluens &c.) Aer & mare jure gentium diviſa non ſunt, ſed relicta in ſuo jure & eſſe primævo. Jo. Fab. Imo nec dividi potuerunt. Grot. *de mar. lib. c.5.*

Littora maris) Sicut maris uſus omnibus patet *l. 13. D. com. præd.* ita propter mare & littorum maris *l.4. & 5. §.1. h. t.*

Dum tamen a villis) Quia ſunt ſingulorum, qui ædificando occuparunt, *d. l. 4. & 6. h. t. l.14. de acq. rer. dom. l.4. ne quid in loc. pub.*

COMMENTARIUS.

1. *Rerum communium uſum omnibus competere, barbarumque ſemper habitum, quemquam mortalium eo uſu prohibere.*
2. *Multum haſce res differre ab iis, quæ nullius ſunt, communi uſui non attributa.*
3. *Quatenus quid harum rerum occupari poſſit: tum quantum hæc occupatio occupanti tribuat.*
4. *De dominio maris, quod nunc ſibi plerique ad aliquod ſpatium & per vicinos ſinus vindicant remiſſive.*
5. *Qui vectigal navigantibus jure imponant?*

QUæ humani juris ſunt, non privata aut ſingulorum propria, ea aut ſunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis ſive populi, quæ in ſpecie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur univerſitatis. Communia ſunt, quæ a natura ad omnium uſum prodita in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt: ita generali vocabulo definiuntur a Neratio *l.14. hoc tit. de acq. rer. dom.* Huc pertinent præcipue aer & mare: quæ cum propter immenſitatem, tum propter uſum, quem in commune omnibus debent, jure gentium diviſa non ſunt, ſed relicta in ſuo jure & eſſe primævo, ut ait Jo. Faber, adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc eſt, quod DD. noſtri ajunt, aerem & mare, cum ſint incomprehenſibilia, nullius populi bonis potuiſſe applicari, Jo. Fab. *§. litorum 5. inf. eod.* Grot. *de mar. lib. c.5.* Item aqua profluens, hoc eſt, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel e venis terræ ſcaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit. Poſtremo propter mare etiam
1 litora maris, *l.2. §. 1. l.4. hoc tit.* In hiſce rebus duo ſunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium eſt harum rerum uſus, ad quem natura comparatæ ſunt: tum ſi quid earum rerum per naturam occupari poteſt, id eatenus occupantis ſit, quatenus ea occupatione uſus ille promiſcuus non læditur. De uſu aeris conſtat; quippe ſine quo ne vivere quidem aut reſpirare quiſquam poteſt. Aqua profluens ad lavandum & potandum unicuique jure naturali conceſſa. Maris uſus jure gentium liber eſt, atque ad navigandum & piſcandum ex æquo omnibus patet, *l.3. §.1. ne quid in loc. pub.* unde ſi quis prohibeatur in mari piſcari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire poteſt, *l.2. §. ſi quis 9. d. tit. l.13. §. ult. de injur.* Maris naturam littora ſequuntur; ac proinde ad littus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere ac reficere, ejecta in tempeſtate naufragiove amiſſa ibi excipere, retia ſiccare, & caſam, in quam tantiſper ſe recipiat, ponere *l.4. hoc tit. l. littora 51. de contr. empt. l.1. C. de naufr. lib.11.* Dum tamen a villis, ædificiis, & monumentis in littore extructis abſtineat: quia non ſunt juris gentium, *d. l.4. hoc tit.* Eſt vero harum rerum uſus adeo liber & promiſcuus, ut barbarum ſemper atque immane habitum ſit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Pœnorum injuria ſic quæritur Orator Ilioneus apud Virgilium *lib.1. divini operis v. 543. ſeqq.*

Quod genus hoc hominum, quæve hunc tam barbara morem
Permittit patria? Hoſpitio prohibemur arenæ:
Bella cient, primaque vetant conſiſtere terra.

Idemque apud eundem *lib. VII. v. 229.* his vocibus affatur regem Latinum:

Littuſque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Naſonem VI. *metam. v.349.* ſic alloquitur pueros Lyceos:

Quid prohibetis aquas? uſus communis aquarum eſt.
Nec ſolem proprium natura, nec aera fecit,
Non tenues undas; ad publica munera veni.

Dicit hæc non eſſe natura propria, ſicut Ulpian. *l. 13. comm. præd.* natura omnibus patere, quia a natura ad communem uſum genita ſunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt, Cic. 1. *de offic. cap.6.* Nerat. *l. 14. hoc tit.* Hæc igitur ſunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem eſt, publica juris gentium, ſicut & uſum eorum modo communem, modo publicum vocant, *l. pen. hoc tit. l.2. §.1. l.4. ne quid in loc. pub. §. littorum 5. inf. hoc tit. cum ſimilib.* Quanquam vero etiam ea nullius eſſe, quod 2
ad proprietatem attinet, recte dicimus, multum tamen differunt ab his, quæ nullius ſunt, communi uſui non attributa, ut feræ, piſces, aves; nam iſta ſi quis occupet, in jus proprium tranſire poſſunt; illa vero totius humanitatis conſenſu proprietati in perpetuum excepta ſunt propter uſum, qui cum ſit omnium, non magis omnibus ab uno eripi poteſt, quam a te mihi quod meum eſt. Et hoc eſt, quod Cicero dicit, inter prima eſſe juſtitiæ munera, rebus communibus pro communibus uti, Scholaſtici dicerent, alia poſitive eſſe communia, alia negative, Thom. 1. 2. *qu.94. art.5.* Cajetan. *tract.17. quæſt. c.12.* Covar. *in cap. peccatum de reg. jur. in 6. par.2. §.8.* Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cum mare commune eſſe dicit, piſces autem capientium fieri. Et in Plautina *Rudente act. IV. ſcen. 3. v. 36.* ſervo dicenti, *Mare quidem commune certo eſt omnibus*, aſſentit piſcator: addenti vero, *In mari inventum eſt, commune eſt*, recte occurrit; *Meum quod rete atque hami nacti ſunt, meum potiſſimum eſt.* Ceterum illa hic addenda inter- 3
pretatio eſt, ut ſi quid harum rerum natura occupari poſſit, id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione uſus publicus ſive communis non impeditur. Quod merito receptum eſt: nam cum ita ſe res habet, ceſſat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non tranſeant. Aer occupari non poteſt, niſi ſimul terra occupetur; ſed neque mare; niſi forte exigua ſui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quomodo accipienda *l. 14. de injur.* aut ædificando jactis

in id pilis aut molibus; quod cum ſit, locus & ædificium ejus fiunt, quæ ædificavit, *l. 2. §. adverſus* 8. *l. 3. §. 1. ne quid in loc. publ. ergo* 30. § *ult. hoc tit.* In littore vacuum quiſque locum occupare per naturam poteſt, eumque occupando etiam ſuum facit, ut & id, quod in eo extruxerit, *l. 6. pr. hoc tit. de rer. div. l. 14. l. quamvis* 50. *eod. de acq. rer. dom. l. 1. §. ſi quod ſi* 18. *de op. nov. nunt.* Etenim qui locus ita in mari aut littore occupatur, non ſimpliciter & abſolute occupantis fit: ſed duntaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio ſublato locus in priſtinam cauſam quaſi jure poſtliminii revertitur, *d. l. 6. & d. l. 14. §. 1. l. præſcriptio* 45. *de uſuc.* Sed neque ſimpliciter hæc occupatio & ædificatio conceſſa: verum, quod exigebat ipſa ratio juris gentium, cum hac conditione, ſi per eam publicus littoris aut maris uſus non fiat deterior, *d. l. 2. §. adverſus* 8. *l. 3. l. 4 ne quid in loc. pub.* Neque jus gentium violari exiſtimo, ſi hinc arceantur peregrini in littoribus; quæ populus aliquis imperio ſibi vindicat. Natura enim ad hoc proprie littora produxit, ut cuilibet ſemper & promiſcue jus eſſet partem eorum occupare: ſed ut neceſſario maris uſui inſervirent, qui eſt navigatio, idque ſignificari opinor verbis *& per hoc*; quæ non fruſtra hic expreſſa ſunt, & in *l. 2. §. 1. hoc tit.* ideoque etſi hic uſus jure gentium ſemper communis manet & indiviſus, ſicut ipſius maris; jus tamen, quod dixi, in littore ædificandi diviſum jure gentium intelligi debet, quatenus littora imperio diviſa & publica facta ſunt alicujus populi, *arg. d. l. 3. ne quid in loc. pub.* Ita ferme Baro ad hunc §. *& d. l. 2.* Don. IV. *comm.* 2. & 9. Grot. II. *de jur. bell. & pac. c.* 3. *n.* 9. Idem fuſe & eleganter *cap* 5. *mar. lib.*
4 add Ant. Fab. *in ration. ad l. 9. de leg. Rhod.* Hodie Veneti maris Adriatici, Balthici rex Daniæ, magnæ Britanniæ rex maris circumflui dominium ſibi vindicant. Ceterum hoc late plerique damnant, imperium quidem in maris partem ſinuſve vicinos uſurpari poſſe concedentes, ſed ſine jure proprietatis aut dominii: tum quia natura mare commune eſſe jubet, non permittit tantum; tum quia ne dominii quidem capax eſt, reſiſtens occupationi & poſſeſſioni, unde dominia rerum cœperunt, *l. 1. §. 1. de acq. poſſ.* D. Grot. *d. c. 5. mar. lib. & d. c. 3 n. 13 de jur. bel.* M Ant. Peregrin. VIII. *de jur. fiſc. n.* 10. Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tuld. *hic c.* 7. Exiſtimat tamen idem Grotius, *d. c. 3. n.* 10. non obſtare jus naturæ, quominus portio maris incluſa littoribus ejus populi propria fiat, cujus ſunt littora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major ſit, quam diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper vero Joannes Seldenus, vir ſane non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inſcriptum *Mare clauſum*, ſive *De Dominio maris*, in quo ſumma ope oſtendere conatur, mare ex jure naturæ ſeu gentium omnium hominum non eſſe commune, ſed pariter dominii privati ſeu proprietatis eſſe capax, ac tellurem: cui paradoxo occurri poterit ex Grot. *d. c* 5. *mar. lib. &* II. *de*
5 *jur. bell. c. 2. n.* 3. Illud conſtat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in ſe onere tuendæ navigationis adverſus piraticas excurſiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium ſigna, vectigal æquum impoſuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *lib.* XVII. & quod in ponto Byzantini exigebant διαγώγιον, quodque jam olim Athenienſes exegerant in ponto eodem, memorante utrumque Polybio, Grot. *d. c.* 3. *n.* 14. add. Cæpol. *de ſerv. præd. ruſt. cap.* 26.

TEXTUS.

De fluminibus, & portubus.

2. *Flumina autem omnia, & portus, publica ſunt. Ideoque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo ſenſu dicatur jus piſcandi in flumine omnibus commune?*
2. *Non idem eſſe aquam profluentem, quod flumen.*
3. *Quo jure hodie flumina & portus, itemque piſcatio, cenſeantur?*

Secundum genus rerum, quæ privati juris non ſunt, publicæ in ſpecie dicuntur, quæ quamvis & ipſæ in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen diviſæ ſunt, & ditione ac poteſtate factæ alicujus populi. Ajo *ditione ac poteſtate*: nam quæ populi ſunt patrimonio, ut metalla, ſalinæ, ulvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicuntur, propter perſonam poſſidentis; *l. 17 de verb. ſign. l. 1 hoc tit. de acq. rer. dom.* ſed quia uſu & jure, quo habentur, privata ſunt, *l. 2. § hoc interdictum 4. ne qu. d in loc. publ.* ad inſtitutam diſputationem non pertinent. Hujus generis ſunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu a flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia) Scilicet perennia: nam torrentia, quæ hieme tantum fluunt, æſtate ſolibus exſiccantur, publica non ſunt: *l. 1. §. 3. de flum.* ac ne flumina quidem proprie, ut recte D Don. IV. *comm.* 3. contra Hotom. VIII. *obſ.* 4. Marcianus *l. 4. hoc tit.* caute addidit voculam *pene*; nempe διὰ τοὺς χειμάῤῥους. Et quidem quæ flumina per eandem regionem tantum labuntur, unde originem ducunt, tota ſunt illius regionis: quæ vero diverſa imperia alluunt, per partes earum gentium ſunt, per quarum ditiones profluunt in mare. VINN. Hinc ſi limites duarum provinciarum conſtituunt, communia habentur, adeoque & novæ inſulæ, in hujuſmodi flumine natæ, vel communes ſunt, vel alterutrius provinciæ propriæ; prout vel in medio flumine natæ, vel alterutri ripæ propiores ſunt. Ziegl. *de jure majeſt. Lib.* II. *cap.* 15. HEIN.

Et portus) Portus eſt locus in mari aut flumine concluſus ac munitus, quo importantur, & unde exportantur merces; qua appellatione tamen continetur & ſtatio, qui eſt locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic ſtare poſſint adverſus injuriam prædonum ac tempeſtatum, *l portus 59. de verb. ſignif. l. 1. §. ſtationem* 13. *de flum.* noſtratibus *een Bee.* Veteribus proprie portus inſulam notat, ſive ædificium legitimo ſpatio atque ambitu a contiguis diviſum, mercium importandarum & conſervandarum cauſa: & per ſynecdochen quamvis inſulam ſive domum, quæ proprio ambitu conſtat: ut in illo duodecim: *Cui teſtimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito,*

ito, vid. Feſtum in vocibus *portus* & *inſula*. Cujac. Brechæ. Goed. *ad d. l. portus.*

1 *Jus piſcandi omnibus commune)* Uſus fluminis publicus eſt jure gentium, §.*riparum* 4. *inſ. eod. l.*4. *eod.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piſcari, *l.* 1. *ut in flum.publ.* Idem uſus eſt & portuum, ut hoc loco & *d. l.* 4. Ait *omnibus commune eſt*, nempe omnibus iis, qui ſunt ex populo, cujus fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc diſter hic uſus ab earum rerum uſu, quæ omnium hominum communes ſunt: id quod ex præcedentibus ſatis colligi poteſt: neque eſt quiſquam, qui dubitet, quin uſu navigandi aut piſcandi in flumine exteri pro-
2 hiberi poſſint. Notandum autem eſt diſcrimen fluminis & aquæ fluentis, unde uſus utriuſque naſcitur diverſitas. Flumen eſt totum quid, unumque & idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, *arg.l.proponebatur 76.de judic.* denique imperio eorum eſt, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non eſt, ſed alia atque alia: & cum in perpetuo curſu ſit, non magis loco contineri, aut cujuſquam poteſtati ſubjici poteſt, quam aer & mare, quamdiu de medio curſu nihil de ea ſumpſeris. Hinc de uſu judicandum. Flumine integro utimur, ad navigandum & piſcandum; qui uſus jure gentium diviſus eſt, quatenus flumina ipſa imperio diviſa ſunt: ac proinde non communis eſt omnium hominum, ſed publicus eorum duntaxat, quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui uſus communis eſt jure naturali omnibus conceſſus; add. Joan. Fab. Baron. *ad hunc loc.* Don.IV. *comm.*3. De jure ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix eſt, ut ſine incommodo navigantium ædificari poſſit. In flumine autem publice cuilibet licet ædificare & deſtruere: dum tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat, *l.fluminum* 24.*de dam.inf.l.*1.§.*non non autem* 12.& §.*deinde* 19.*de flum.* quo argumento adducor, ut credam etiam, ædificatum fieri ædificantis, perinde ut ædificata in littore aut vicino littoribus mari ædificantium fiunt. Ceterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non eſt operæ pretium pluribus de his
3 diſputare. Etenim flumina omnia navigabilia & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem a Frederico Imp. inter regalia relata ſunt, *c. un. quæ ſunt regal. in uſib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis vel populi, cujus ditione continentur. Bart. Jaſ.& alii in *l.quo minus* 2. *de flum.* quod tamen non obſtat, quominus uſus fluminis adhuc publicus manſerit: nam & riparum, quarum proprietas privata eſt, uſum eſſe publicum conſtat. Ceterum conſuetudine locorum fere jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piſcari, niſi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo a Principe acceperit, vid.Cæpoll.*de ſerv. ruſt. præd. c.*42. Schneid.*hic*. In hiſce regionibus flumina omnia, quatenus finibus noſtris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei; hoc eſt, ſpatia, per quæ fluunt, aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi eſt. Ac proinde Hollandi & Weſtfriſii jus habent pro cuſtodia fluminum vectigalia ac tributa imperandi, quippe uſu eorum etiam exteris conceſſo. Jus piſcandi quoque initio penes populum fuit. Inde ad Principes translatum, ut nemo jam id juris habeat, niſi conceſſu Principis, & certis limitibus ac legibus circumſcriptum. Plane in Waterlandia & quibuſdam fluentis Kennemerlandiæ piſcatio ſemper libera fuit: & ſingulis civibus etiamnum jus eſt in flumine aut lacu navigabili hamo piſcari. Grot. *lib.* II.*manud.c.*1.& 4.Groeneweg.*de ll.abrog.hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio littoris.

3. *Eſt autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

NOTÆ.

4. *Eſt autem littus maris*) *Quà fluctus eludit*. Definitio κατα μεταφοραν.

COMMENTARIUS.

HOc §. & 2.*ſeqq.* quædam diligentius explicat, quorum uſus vel communis eſt, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus littore uti omnibus liceat, quid ſit littus primo definiendum putavit. Ait, littus eſſe, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*, quomodo & Celſ. definit *l. littus* 96. & Javolen.*l.*112.*de verb.ſign.*& jam olim ante eos definiverat Aguilius, teſte Cic.*in Top.cap.*7. quam definitionem & ipſe Cicero poſt, aliquando fortaſſis arbiter ſumptus, ſecutus eſt: non enim primus hoc conſtituit, ut pleroſque credidiſſe Celſus refert. Ait, *hibernus*: quia hieme maxime mare exæſtuat. Igitur littus eſt, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune eſt omnium, ſicut & mare: ſiccum vero littus ſive ora terræ, quæ æſtuum marinorum acceſſu non occupatur, populi regionis eſt.

TEXTUS.

De uſu, & proprietate riparum.

4. *Riparum quoque uſus publicus eſt jure gentium, ſicut ipſius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum eſt, ſicut per ipſum flumen navigare: ſed proprietas earum illorum eſt, quorum prædiis hærent: qua de cauſa arbores quoque in eiſdem natæ eorundem ſunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Non ut littora maris, ita ripas conditionem fluminis ſequi.*

RIpa eſt id, quod flumen continet, naturalem curſus ſui rigorem tenens: ita definitur ab Ulp.*l.*1. §. *ripa* 5.*de flum.* Ait, *curſum naturalem*, ne quis putet, ſi quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam eſſe, quæ pleniſſimum flumen continet, *l.* 3. §.1. *d. tit.* ut ſignificet, partem ripæ non eſſe ſpatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus mi-

minuto æſtivo tempore non occupatur. Apparet autem ex ſequentibus, ripam non tam anguſte, ut nonnulli faciunt, accipiendam eſſe pro crepidine aut labro amnis, ſive pro ſola extremitate alvei & terræ, quæ flumen continet, cujus extremitaris vix eſt ut ullus ſit uſus: ſed aliquanto laxius pro ſpatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo a plano ad flumen vergit, *d. l.* 3. §. 2. *de flum.* quod & Pacius obſervavit in analyſi ſua.

Uſus publicus eſt jure gentium) Uſus riparum ita publicus eſt, ut fluminis: quinimo ripæ uſus nihil aliud eſt, quam ipſius fluminis, cum per ripam flumine utamur. Ideoque quæcunque ſunt interdicta ad tuendum uſum publicum fluminis; eadem ſunt & conjunctim ad tuendum uſum riparum, *l.* 1. *& paſſim tit. de flum. & tit. ne quid in flum. publ.* Ait, *jure gentium*, quaſi dicat, hunc uſum atque hanc ſervitutem ripis a natura impoſitam eſſe, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum uſum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commode poſſint.

Proprietas illorum eſt, quorum prædiis hærent) Hoc etiam diſerte ait Cajus *l.* 5. *hoc tit.* itemque Pomponius ex ſententia Celſi *l. ergo.* 30. §. 1. *de acq. rer. dom.* Unde Neratius ſcribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, ſuum non facere, *l.* 15. *eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas eſſe, *l.* 3. *de flum.* de uſu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus eſt D. Hotom. qui Paulum a ceteris, & recte diſſenſiſſe putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis ſingulas cenſeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum eſſe conſtat, ut nec proprietate cujuſquam ſit, error eſt παρα την αγνοιαν τυ ελεγχυ, ſiquidem ripa pars fluminis non eſt, non magis quam continens contenti. Neque vero idem eſt ripa in flumine, quod littus in mari. Ripa flumini non ſubjicitur, ut littora ſubjiciuntur mari & quotidianis acceſſibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris eſt alveus, ejuſdem & ripas eſſe neceſſe eſt: certum autem eſt alveum proprietate nullius eſſe, *l.* 1. §. *ſimili modo* 7. *de flum. l.* 7. §. *quod ſi* 5. *de acq. rer. dom.* At inquam, ut diverſa ſit alvei & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat, ripas non item. Quid quod nec alveus ſimpliciter publicus eſt, ne tunc quidem, cum adhuc a flumine tenetur; ſed quatenus flumen non obſtat, adhuc pars cenſetur vicinorum agrorum; alioqui quo jure inſula, manente adhuc alveo, in flumine nata vicinorum fieret? quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum eſſe: qua de re amplius ſub §. *inſula.* 22. *& ſeq. inf. eod.* Recte igitur Græci, *Baſil.* 46. *tit.* 3. των οχθων των εν τοις ποταμοις ν λεγω δεσποτεια, αλλα ἡ χρησις publica εςιν &c.

T E X T U S.

De uſu & proprietate littorum.

5. *Littorum quoque uſus publicus eſt & juris gentium, ſicut & ipſius maris: & ob id cuilibet liberum eſt, caſam ibi ponere, in quam ſe recipiat, ſicut retia ſiccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum poteſt intelligi nullius eſſe; ſed ejuſdem juris eſſe, cujus & mare, & quæ ſubjacet mari, terra vel arena.*

N O T Æ.

5. *Littorum quoque uſus*) *l.* 4. *l.* 5. §. 1. *l.* 6. *h. t.* atque omnibus patet, ſicut & maris, Virg. VII. *Æneid. v.* 229. *Littuſque rogamus Innocuum*, & I. *v.* 544. *Hoſpitio prohibemur arena*, ubi Serv.

Proprietas eorum nullius) A populo tamen aliquo occupata illius populi eſſe videntur, *l.* 3. *ne quid in loc. publ.*

Ejuſdem juris, cujus mare) Littora mari ſubjiciuntur, & ab eo quotidianis acceſſibus occupantur, & ideo naturam ejus ſequuntur, *l. pen. h. t.* Ripa autem ut flumini non ſubjicitur, nec ejus pars eſt, ita nec per omnia conditionem ejus ſequitur.

C O M M E N T A R I U S.

De littorum uſu & proprietate jam intellectum eſt: ceterum unum adhuc notandum, quod uſum littorum dicit eſſe publicum & juris gentium: ut intelligas, uſum littorum publicum eſſe eo jure, quod commune eſt omnibus gentibus: quo ſcilicet ſignificatu mare juris gentium eſſe dicit Cajus *l.* 4. *hoc tit.* & Juſtin. §. 1. *ſup. eod.* atque in hoc differre ab uſu riparum, qui publicus quidem eſt jure gentium, ſed non juris gentium, hoc eſt, non communis omnium hominum, ſed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus uſus exteros communionem non habere antea demonſtratum eſt. Eadem fere & Eguinarii Baronis & Julii Pacii ſententia eſt.

Ejuſdem juris, cujus & mare) Mare littora aliis uſibus eripiendo ſua fecit. Nam, ut ante quoque dictum eſt, littora mari ſubjiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis ſequi neceſſe eſt, *l. pen. hoc tit.* VINN. Adeo communia Romanis videbantur littora, ut fere cuivis liceret, non ſolum caſas ibi ponere, in quas ſe reciperet, uti eſt in *h.* §. 5. ſed & palatia voluptatis cauſſa exſtruere. Et eo pertinent illa Horatii *l.* 1. *ode* 11. *Quæ* (hiems) *nunc oppoſitis debilitat pumicibus mare*. Quæ verba egregie illuſtrantur *dans l'Hiſtoire de l'Academie Royale des inſcriptions & belles lettres Tom.* 11. *p.* 333. HEIN.

T E X T U S.

De rebus univerſitatis.

6. *Univerſitatis ſunt non ſingulorum, quæ in civitatibus ſunt, theatra, ſtadia, & his ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia civitatum.*

C O M M E N T A R I U S.

Quæ hic & apud Cajum *l.* 6. §. 1. *eod.* dicuntur univerſitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in *l.* 6. *de contr. emp.* §. 2. *inf. de inut. ſtip.* §. *ult. inf. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium uſu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis ſunt, quorum uſus ſingulorum non eſt, huc non pertinent: quamvis & ipſa collata cum iis, quæ propria ſunt ſingu-

lorum: publica quoque dicantur, *l. 7. §. 1. quod cujuſque un. nom. l. 15. & ſeq. de verb. ſign.* Univerſitatis autem appellatio latior eſt, quam civitatis: nam & collegia & ſocietates, aliaque hujuſmodi corpora continet; quibus permiſſum eſt ad exemplum Reip. habere res communes, arcam communem &c. *l. 1. quod cujuſque un.* VINN. Recte diſtinguuntur res univerſitatis & patrimonia civitatis. Horum enim uſus non eſt ſingulorum, adeoque nec obligationes circa illa, tum activæ tum paſſivæ. Eo pertinet *l. 7. §. 1. ff. quod cujuſque univ. nom.* HEIN.

Si qua alia communia civitatum) Ut baſilicæ, porticus, balnea, fora, prata & paſcua publica, in quæ ſcilicet pecudes immittere ſingulis civibus jus eſt: item ſi quæ collegii alicujus aut ſocietatis communia ſunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, periſtylia, inſulæ, ſtabula, &c. Communis autem harum rerum uſus non latius patet, quam ut publicus ſit eorum, qui ſunt ejuſdem civitatis aut corporis. Hoc enim & ſuperioribus omnino conſequens eſt, & cum inſtituto convenit ejus, qui ea publicavit; ſi alii utantur, id permiſſu civitatis fit. Nemo ſane dixerit, uſum paſcuorum publicorum adeo liberum eſſe, ut etiam non cives jus paſcendi habeant. Ad hunc autem uſum tuendum prodita eſt contra prohibentes actio injuriarum, *l. 13. in fin. de injur.* Pertinet huc illud M. Tulli III. *de Finib. c. 20. Theatrum commune cum ſit, recte tamen dici poſſe, ejus eſſe eum locum, quem quiſque occupavit.* & I. *Offic. cap.* 17. viæ autem, per quas omnibus iter debetur, publicæ ſunt, non univerſitatis. Cujac.

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. *Nullius autem ſunt res ſacræ, & religioſæ, & ſanctæ, quod enim divini juris eſt, id nullius in bonis eſt.*

NOTÆ.

7. *Nullius in bonis*) *l. 6. §. 2. eod.* & ideo hæc quaſi noſtra vindicare non poſſumus, *l. 23. §. 1. D. de rei vind. nullius*, nec proprietate, nec uſu profano.

COMMENTARIUS.

QUæ res divini juris ſunt, per excellentiam dicuntur nullius eſſe, ſcilicet ex comparatione earum rerum, quæ cum & ipſæ nullius ſint, uſu tamen ſunt ſingulorum, aut ita affectæ, ut in dominium ſingulis cedere poſſint. Etenim & quæ humani juris ſunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, ſed in uſu publico habentur, comparata cum iis, quæ ſingulorum ſunt, nullius in bonis eſſe dicuntur, *l. 1. hoc tit. l. 6. de contr. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius eſt, quod ne uſus quidem earum ſingulorum eſt. Feræ quoque beſtiæ, volucres, piſces, &c. nullius ſunt, ſi comparentur cum iis, quæ quiſque jam actu habet ac poſſidet: at ea conditione ſunt & natura, ut acquiri poſſint, & cedant occupanti, *§. feræ. 12. inf. eod.* quod ſecus eſt in rebus divini juris. Etiam inter ea quæ nullius ſunt, Cajus *d. l. 1.* numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate, quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ ſunt & hæreditatis eſſe finguntur, quæ tantiſper perſonæ vicem ſuſtinet *l. hereditas. 34. l. hereditas. 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris ſunt, quæ hominum poteſtati & promiſcuo uſui exemptæ, quodammodo in ſolius Dei jure ac poteſtate habentur: quarum tres ſpecies hic proponuntur, ſacræ, religioſæ, ſanctæ, quas ſingulas ſingulis §§. deinceps expoſiturus eſt.

TEXTUS.

De rebus ſacris.

8. *Sacræ res ſunt, quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt; veluti ædes ſacræ, & donaria, quæ rite ad miniſterium Dei dedicata ſunt: quæ etiam per noſtram conſtitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta cauſa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate ſua quaſi ſacrum ſibi conſtituerit ſacrum non eſt, ſed profanum. Locus autem, in quo ædes ſacræ ſunt ædificatæ, etiam diruto ædificio ſacer adhuc manet, ut & Papinianus ſcripſit.*

NOTÆ.

8. *Donaria*) ἱερα αναθηματα, κοσμηματα; ornamenta, Heſych. Macrob. III. *Sat.* 11. ἱερα σκευη, vaſa ſacra. *Nov.* 120. *c.* 10.

COMMENTARIUS.

1. *Perſonam conſecrantis qualem eſſe oporteat,*
2. *Donaria quæ Latinis dicta.*
3. *Sacra privata a publicis non forma conſecrandi, ſed fine diſtincta.*
4. *Profanum veteribus quid, & unde dictum.*

RErum divini juris diximus eſſe tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud noſtros diſtincta ſunt: quæ diſtinctio etiam in ſchedis Feſti reperitur. Alia eſt apud Macrobium III. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiſcrete utuntur. Ait, res ſacras eſſe, *quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt*. Quæ definitio duo maxime complectitur, formam conſecrandi, & perſonam conſecrantis. Formam indicat particula *rite*, id eſt, ſolemniter, more & inſtituto majorum publice, non privatim, *l. 6. §. ſacra. 3. l. 9. pr. eod.* Gall. Ælius apud Feſt. in voce *Sacer.* Ovid. I. *Faſtor. v.* 610. *Templa ſacerdotum rite dicata manu.* De ritu veteri conſecrandi vid. Alex. ab Alex. VI.
gen. dier. 14. Connan. III. *comm.* 1. Perſonam con- 1
ſecrantis oportet rebus ſacris præeſſe: quales apud Romanos erant pontifices, ita dicti a ponte ſublicio, quem, quod ſacer æſtimaretur, in aliqua parte labantem ſolis pontificibus reficere licebat, cæſa victima & ſacrificio perfecto. Reliquorum quoque ſacrorum omnium curam atque poteſtatem penes collegium pontificum fuiſſe conſtat: de quorum officio accurate ſcribit idem Alex. ab Alex. II. *genial.* 8. Quid Principes? Etiam eos curam ſacrorum & religionum ſibi ſumpſiſſe cum apud alios auctores, tum apud noſtros legimus; ut in *l. 8. de rel. & ſump. fun. l. ult. ut in poſſ. leg.* &c. nominatim jus dedicandi ſeu conſecrandi, in *d. l. 9. hoc tit.* An

quia

quia & ipſi plerumque pontifices? Id ſane teſtatur hiſtoria, & Dio *lib.* LIII. expreſſe ſcribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem aſſumpſiſſe, ut omnes religiones & ſacrificia in ſua haberent manu. An vero hoc ideo dicitur, quia, ut nonnulli volunt, ſicut olim, per legem Papiriam non licebat rem ullam injuſſu plebis conſecrare, teſte Ciceron. *pro dom.* ita poſtea non licuit injuſſu Principis: ut Pontifex quidem conſecraret & ſolemnia perageret; ſed juſſu & auctoritate Principis præcedente: maxime ſi locus publicus conſecrandus foret; *arg. d. l.* 9. Principes Chriſtiani curam ſacrorum epiſcopis demandarunt, alioſque ritus atque cæremonias ſublatis gentilibus ſubſtituerunt, quæ in dedicandis monaſteriis, eccleſiis, domibus orationum obſervarent, vid. *Nov.* 67. & *Nov.* 131. *c.* 7. Luculentum dedicationis templi exemplum extat 1. *Reg.* 8.

2 *Donaria*) Non ſolum ædis aut locus conſecrari poſſunt, ſed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Feſtum loco apparet, & hic ſignificat Juſtinianus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta veſtes, ἱερὰ σκεύη, vaſa aliaque utenſilia divinis uſibus dicata atque conſecrata, oſtendit *l. ſancimus* 21. *C. de ſacroſ. eccleſ.* Neque hoc contra uſum Latinorum ſcriptorum. Nam quæ Græci ἀναθήματα appellant ab ἀνατιθέναι, quod dicata Diis ſuſpendebantur e tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrob. III. 11. legimus; *Ornamenta ſunt clypei, coronæ, & hujuſmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, *lib.* III. *Georg. v.* 533.

———— *& uris*
Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Eamque propriam eſſe hujus verbi ſignificationem notat Servius: cui ſuffragatur Cornelius Fronto; *Donum*, inquit, *quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta cauſa redemptionis captivorum) Item pauperum alendorum tempore famis, ſi ita premantur, ut vitæ eorum ſuccurrendum ſit, *d. l. ſancimus.* 21. debitorum quoque eccleſiæ cauſa, ſi creditores urgeant, nec aliunde debitum exſolvi poſſit, *auth. præterea. C. de ſacroſ. eccleſ. Nov.* 120. *c.* 10. *c. aurum.* 12. *quæſt.* 2. Bona eccleſiaſtica huc non pertinent: quippe quæ humanis uſibus ſerviunt, alendis ſcilicet miniſtris verbi aut pauperibus; quamvis & ipſa, cauſis quibuſdam exceptis, prohibeantur alienari, *Nov.* 7. add. Schneid. *hic.* Gudelin. *lib.* VI. *de jur. nov. c.* 13. & 14. *Gloſſ. in c. ſemel. pand. de reg. jur. in* 6.

Si quis auctoritate ſua) Id eſt, non publice, ſed privatim, *l.* 6. §. *ſacra.* 3. *hoc tit.* Quæſierit aliquis, cum Romanis nihil ſacrum fuerit; niſi quod publice conſecratum, qui fiat, quod nihilominus eos ſacra habuiſſe privata legimus? Cic. III. *de Legib. l.* 1. *de rit. nupt. l.* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. l.* 4. *C. de crim. exp. hær.* Reſp. Diſtinctio illa non a forma dedicandi, aut perſonis dedicantium, ſed a fine ſumpta eſt: quod privata pro ſalute familiæ, publica pro populo conſecrabantur, vid. Roſin. VIII. *antiq. tit.* 6. Potuit ſane quiſque privatim ſuæ religionis cauſa aliquid Deo dedicare, quod pro ſacro ipſe haberet; verum id Pontifices Romani non æſtimabant ſacrum: ac proinde nulla obſtringebat religione ſucceſſores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Feſtum diſcere poſſumus, & M. Tullio *lib.* XII. *epiſt. ad Attic. epiſt.* 19. 34. & 35. Vinn. Accurate diſtinguenda *ſacra privata* Larium & Penatium, quæ & gentilia: & *ſacra privata auctoritate conſtituta.* Illa legitima erant, ob legem XII. tab. *ſacra privata perpetuo manento*: Feſt. voce *ſacra.* Hæc illegitima, ob periculum ne ſacra peregrina inveherentur. Ill. Bynkersh. *de relig. peregr. diſſ.* 1. Illa erant juris pontificum: & inde eſt quod pontificum auctoritas intercederet in arrogationibus, confarreationibus &c. Hæc ſacra non æſtimabant pontifices. Si ergo privata auctoritate ſibi quis ſacrum conſtituerat, *quaſi conſecratum* cenſebatur, dum ad religionem patriam pertineret. Et eo referenda loca Ciceronis; *Lib.* XII. *ad Att. Epiſt.* 19. 35. Sin religionem peregrinam ſaperet, profanum cenſebatur. Bynkersh. *ibid.* Hein.

Profanum) Varro V. *de ling.* fana ait nominata eſſe, *quod Pontifices in ſacrando fati ſunt finem: inde profanum, quod eſt ante fanum, id eſt, conjunctum fano.* Trebatius profanum id proprie dici exiſtimat, *quod ex ſacro vel religioſo in promiſcuum hominum uſum converſum eſt.* Macrobius autem *lib.* III. *Saturn.* ſcribit, profanum omnes pene conſentire id eſſe, quod *extra fanaticam cauſam ſit, quaſi porro a fano & religione ſecretum.* Utut eſt, conſtat, noſtros res profanas ſacris & religioſis opponere ſolere.

Adhuc ſacer manet) *d. l.* 6. §. 3. Ideoque venire non poteſt, *l. ædes ſacra* 73. *de contr. empt.* Trajanus ad Plinium *lib.* X. *epiſt.* 76. *Si ædes ſacra Claudii collapſa ſit, religio ejus occupavit locum.* Plane quæ loca ab hoſtibus capta ſunt, ſacra eſſe deſinunt: at ea calamitate liberata quaſi poſtliminio priſtinum ſtatum recipiunt, *l. cum loca.* 36. *de religioſ.*

TEXTUS.

De Religioſis.

9. *Religioſum locum unuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. In communem autem locum purum invito ſocio inferre non licet: in commune vero ſepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item ſi alienus uſuſfructus eſt, proprietarium placet, niſi conſentiente uſufructuario, locum religioſum non facere. In alienum locum conſentiente domino licet inferre: & licet poſtea ratum non habuerit, quam illatus eſt mortuus, tamen locus religioſus fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Antiquos privata ſepulcra habuiſſe extra urbem in agris: hodie autem fere in urbe mortuos ſepeliri in locis publice ad eam rem deſtinatis.*
2. *Cenotaphium ſeu tumulum inanem religioſum non eſſe.*
3. *Ut locus religioſus fiat, neceſſe eſſe, ut is qui mortuum infert, ſit pleno jure dominus loci, & quadam conſectaria inde deducta.*
4. *Verba hujus §. poſtrema tam commodum ſenſum habere, quam lectionem Codicis Flor. in Pand. Re-*

RELigioſum) Generali hujus verbi appellatione etiam ſacra contineri arguit notatio vocis *religio*, ſive a relegendo eam deducas cum Cic. II. *de Nat. Deor.* ſive cum S. Sulpitio, ut auctor eſt Macrob. III. *Saturn.* 3. a relinquendo, ſive a religando cum Lactantio IV. *Inſtit.* 28. At hic & paſſim in libris noſtris ſtrictius accipitur, & locum notat, ubi mortuus ſepultus aut humatus eſt: quæ ſignificatio & Feſtum Pompejum auctorem habet.

Unuſquiſque ſua voluntate) Ad differentiam ſacri. Locus ſacer non fit, niſi publice per pontificem ſacretur: religioſus fit propria cujuſque voluntate, cadaver aut
1 oſſa inferentis in locum ſuum. Notandum hic in tranſcurſu, antiquos privata ſepulcra habuiſſe extra urbem in agris: nam in urbe mortuos ſepelire lege vetitum erat, Cic. II. *de Leg. cap.* 23. *l.* 3. §. *divus* 5. *de ſepulc. viol.* idque aliis etiam populis in more poſitum fuit; qua de re conſule Petr Greg. *lib.* XXXIII. *Syntagm. c.* 33. Quæ quiſque ſibi & familiæ ſuæ ſepulcra conſtituebat, familiaria dicebantur: quæ ſibi & hæredibus ſuis, vel quæ paterfam. jure hæreditario acquiſierat, hæreditaria, *l.* 5. *l.* 6. *in pr. de relig. & ſumpt. fun.* Hodie autem, ut notum eſt, locis publicis ad ſepulturam utimur, a magiſtratu ſepeliendis mortuis deſtinatis: cœmeteriis fere, aut ipſis etiam eccleſiis: in quibus tamen privatum ſepulcrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad uſum ſepulturæ etiam aliis vendi poſſit, Grot. II. *introd. cap.* I. Mornac. in *l.* 4. *C. de religioſ.* Superſtitioſi nimis in hac re ſunt canones, *cap.* I. 13. *quæſt.* I. *cap. aurum.* 12. *quæſt.* 2. *cap. ad hæc.* 4. *de relig. domib.*

Dum mortuum infert in locum ſuum) His verbis docemur, duo eſſe neceſſaria ut locus fiat religioſus: ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur a domino loci. Primo non conſecratione aut verbis ſolemnibus locus religioſus efficitur, ſed illatione mortui: unde ſepulcrum ab Ulp. definitur, ubi corpus oſſave hominis condita ſunt, *l.* 2. §. *ſepulcrum.* 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui ſepulturæ deſtinatus eſt, corpore condito religioſus fit, ſed quatenus condi-
2 tum aut humatum eſt, *d.* §. *ſepulcrum.* 5. Ex quo efficitur, quod Divi fratres reſcripſerunt. Mauſoleum inane ſive monumentum purum, memoriæ tantum cauſa factum, quod Græci κενον μνημα & uno verbo κενοταφιον appellant, Suetonius *c.* I. *in Claud. tumulum honorarium*; religioſum non eſſe, *l.* 7. *h. t. l.* 6. *in fin. l. monumentum.* 42. *de relig.* licet contra ſenſerit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipſe ait, *l.* 6. *in fin. hoc tit.* nec dubium, quin iis poetæ verſibus, quos ex *lib.* III. *Æneid. v.* 303. citat D. Gothofr. ubi de Andromache hæc ait Æneas;

——— *Maneſque vocabat*
Hectoreum ad tumulum, viridi quem ceſpite inanem,
Et geminas, cauſam lacrymis, ſacraverat aras.

Similis locus eſt ejuſdem poetæ *lib.* VI. *v.* 150. ubi ſic ad Deiphobum idem heros;

Tunc egomet tumulum Rhœteo in littore inanem
Conſtitui, & magna Maneis ter voce vocavi.

Denique ſi oſſa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, conſequens eſt, oſſibus aut reliquiis effoſſis & translatis, locum religione ſolvi, *l. cum in diverſis.* 44. §. I. *de relig.* quanquam effodere vel eruere non licet ſine decreto pontificum aut
juſſu Principis, *l.* 8. *eod.* Alterum, quod ad locum re- 3
ligione obſtringendum neceſſarium eſſe diximus, eſt, ut is mortuum inferat, qui eſt loci dominus: neque ſufficit pro parte indiviſa dominum eſſe, aut nudam loci proprietatem habere; ſed neceſſe eſt, ut is, qui infert, dominus ſit in ſolidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc conſectaria. I. Nemini jus eſſe inferre in locum, qui in totum alienus ſit, utique invito loci domino: nam conſentiente eo inferre licet & locus hac illatione religioſus fit, *hoc* §. *in fin. l.* 6. §. *religioſum.* 4. *eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invito ſocio, hoc item *text. l.* 6. §. *ſi quis* 6. *comm. div. l.* 2. §. I. *in fin. de relig.* quod tamen ſic temperat Calliſtratus; ut aliquis ex ſociis in communi loco etiam ſine conſenſu ceterorum ſepeliri poſſit, ſi non ſit alius locus, ubi commode ſepeliatur, *l. ſi plures.* 41. *d. tit.* De loco puro Juriſconſultos loqui apparet: nam in communi ſepulcro quin unus ex ſociis etiam obtinentibus ceteris ſepeliri poſſit, nulla dubitatio eſt: quippe cum ad hunc ipſum uſum is locus comparatus ſit, *d. l.* 6. §. *pen. hoc tit. l.* 6. §. *ſi quis.* 6. *comm. & hoc text.* 3. Non poſſe proprietarium invito fructuario inferre aut locum religioſum facere, ut hoc item §. & *l.* 2. §. *ſi uſumfructum* 7. *de religioſ. l. locum.* 17. *de uſufr.* Quorum omnium hæc ratio eſt, ne domini, ſocii, fructuarii conditio ſine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Plane ſi proprietatis dominus teſtatorem intulerit, qui uſumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non poſſet, placet locum religioſum fieri, *d. l.* 17. *de uſufr. d. l.* 2. §. 7. *de relig.* 4. Poſtremo quod proprietario non licet invito eo, qui uſumfructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l.* 2. §. I. & 7. VINN. Paucis noto, non ſemper verum eſſe, quod *n.* I. *ad hunc* §. notat Vinnius, locum factum religioſum non niſi quatenus corpus conditum aut humatum eſt. Plerumque enim religio occupabat certum ſpatium in frontem, & in agrum porrectum. Unde ſæpe in marmoribus legimus: IN FR. P. X. IN AGR. P. XX. Conf. Horat. *Serm. lib.* I. *Satyr.* 8. *v.* 12. Unde & illud ſpatium maceriis includi conſueverat, ceu obſervat Barn. Briſſon. *Antiqu. Lib.* III. *cap.* 15. & 16. Senſus ergo *l.* 2. §. 5. *ff. de religioſ.* eſt, non totum agrum, ubi conditum cadaver, religioſum fieri, ſed locum tantum, qui ſepulcro deſtinatus, & certo ſpatio finitus ſit. Interpretationem hanc ipſa neceſſitas defendit. Alias enim apud Romanos, qui fere corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religioſam reddidiſſet. HEIN.

Locum purum) Id eſt, qui humani juris eſt, βέβηλον profanum, *d. l.* 2. §. *purus.* 4. & *paſſim. eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *l. ult. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib.* IV. *de ling.* ſcribit, pura loca appellari areas in urbe.

Licet poſtea ratum non habuerit) Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. l.* 6. §. *religioſum.* 4. *hoc. tit.* unde hæc tranſcripta ſunt. Neque incommodum ſenſum
habet hæc lectio: ſufficit enim ab initio conſenſiſſe; cum quod ſemel placuit, poſtea diſplicere non poſſit, *c. quod ſemel. de reg. jur. in* 6. *l. nemo poteſt.* 75. *eod. l.* 5. 4

C. de oblig. & act. In π'. autem Florentinis affirmative hic locus legitur, *licet poſtea ratum habuerit*, nec minus recte: ut ſit ſenſus; Licet locus alienus, in quem ſine conſenſu domini mortuus illatus eſt, ab initio religioſus non ſit; tamen ſi is poſtea conſenſerit, locum religioſum fieri: quod hæc ſit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *l. ſemper 60. de reg. jur. c. ratihabitionem. Pandect. eod. in 6.* Ceterum ut hoc quoque obiter addam, etſi illatione mortui in alienum locum, locus non efficitur religioſus: non licet tamen domino, propria auctoritate oſſa illata aut corpus tollere, *l. 8. de relig.* ſed actio ei in factum datur, per quam is, qui intulit, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium præſtare cogitur, *l. 7. d. tit.* Pretio autem præſtito, non eſt dubitandum, quin locus religioſus fiat. Vinn. Lectione Florentina nihil ſanius eſſe poteſt. Qui enim dici poſſit, dominum factum non ratum habere, in quod initio conſenſit? Unde & in *h. §.* legendum, *licet poſtea ratum habuerit*. Nam ita & Theophilus legit, dum ſcripſit; *Sed & ſi quis inſcio vel invito domino intulerit, & id ille cum reſciſſet, ratum habuerit, fiet & ita locus religioſus.* Hein.

T e x t u s.
De rebus ſanctis.

10. *Sancta quoque res, veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris ſunt; & ideo nullius in bonis ſunt. Ideo autem muros ſanctos dicimus, quia pœna capitis conſtituta eſt in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas conſtituimus adverſus eos, qui contra leges fecerint, ſanctiones vocamus.*

N o t æ.

10. *Sanctiones vocamus*) *L. 41. D. de pœn.* Feſt. in voc. *Sanctum*. Cic. *Verr. VI. Niſi legis ſanctionem pœnamque recitaſſem.*

C o m m e n t a r i u s.

1. *Sancti appellatio, quam late pateat?*
2. *Rectene noſtri etiam portas inter ſancta numerent?*
3. *An capite plectendi, & qui muros municipiorum violant?*

1 Certum eſt, longe latius patere appellationem ſancti, quam hic accipitur: idque vel ex Trebatio diſcere poſſumus, qui apud Macrobium III. *Saturn.* 3. *ſanctum*, ait, *interdum idem eſſe, quod ſacrum, idemque quod religioſum; interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum eſt:* quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilii. Proprie autem ſanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defenſum atque munitum eſt, *l. 8. hoc tit.* Hinc legati jure gentium ſancti habentur, *l. ult. de legation.* item reges, teſte Cic. *pro reg. Dejot.* Jure Romanorum tribuni plebis *ſacroſancti*. Liv. *lib. II. cap. 33.* Feſt. in verb. *ſacroſanctum*. Aut quod ſanctione quadam confirmatum atque ſubnixum eſt. Hinc leges & rogationes dicuntur ſanctæ, quod eas impune transgredi non licet. Hinc denique muri quoque ſancti, quia ſpeciali ſanctione contra violantium audaciam muniti atque confirmati ſunt.

Veluti muri & portæ civitatis) *l. 1. hoc tit. l. 2. ne quid in loc. ſacr.* Et muros quidem conſentiunt omnes eſſe ſanctos. Ceterum de portis diſſentire videtur Plutarchus, qui ἐν τοῖς Ῥωμαϊκοῖς *cap. 26.* muros ἱεροὺς, id eſt, *ſanctos* eſſe ſcribit; portas non item; eo, quod per eas cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longe alio ſenſu, quam noſtri, nimirum jus Pontificium ex libris ritualibus, ſecutus. Quippe Romani in deſignanda urbe adhibitis more Hetruſco certis ſacris muros aratro circumducebant, atque ambiebant: ubi vero portæ futuræ erant, id loci non ſulcabant, ne quid religionis contraheret: ſed aratrum ſuſpendentes portarum ſpatia relinquebant intacta. Conſulatur Varro IV. *de ling. Lat. cap. 32.* Alex. ab Alex. VI. *gen. 14.* Alciat. *l. pupillus 239. §. urbs 6. de verb. ſign.* Cæl. Rhodig. *lib. XIV. c. 5.* Hinc mœnia jure pontificio ſancta habebantur, portæ non item. At noſtri portas ideo inter ſancta numerant, quia eas non magis quam muros violare fas eſt, aut aliquid in eas delinquere. 2

Quodammodo) Recte *quodammodo*, τρόπον τινά, neque enim proprie hæ res divini juris ſunt, ut res ſacræ & religioſæ: ſed propter ſimilitudinem, quam cum rebus ſacris & religioſis habent, divini juris eſſe dicuntur, quia ſcilicet nec ipſæ cujuſquam ſunt, aut proprietate aut uſu promiſcuo. Fortaſſis tamen muri, quod auſpicato & ſolemni ſacrificio ſignabantur, etiam proprie in rebus divini juris habiti ſunt. Vid. Alciat. *d. loc.* Riccium *vindiciar. jur. promeſſ. c. 7.* qui ob id hunc locum ita diſtinguendum putat, *veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris ſunt.*

Ideo autem muros ſanctos) Notatio verbi *ſanctus*, Marcianus *l. 8. §. 1. hoc tit.* a ſagminibus legatorum deducit, id eſt, verbenis ſeu herbis puris, quas legati populi Romani ferre ſolent, ne quis eos violaret. Sed quæ hic traditur, & Feſtum auctorem habet in voce *ſagmina*, & Aggenum Urbic. *in comment. ad Frontin.* qui utrumque & *ſanctum* & *ſagmina* a ſanciendo, id eſt, confirmando deducit. A ſanguine tamen confictum eſſe hoc vocabulum, vel ex conſuetudine ſacrorum ſolemnium, quam Salluſt. *in Catilin.* commemorat, putat Hotoman.

Quia pœna capitis) Violare muros capitale eſt: ſicuti, ſi quis ſcalis admotis aut qualibet alia ratione tranſcenderit. Nam cives Romanos alia, quam per portas egredi, non licet: cum illud hoſtile & abominandum ſit. Nam & Romuli frater occiſus traditur, quod murum tranſcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius III. *de Offic. cap.* 10. ſcribit, ſpeciem utilitatis eo animum impuliſſe Romuli, cui viſum erat, utilius ſolum ſe, quam cum altero regnare. *Omiſit hic*, inquit, *& pietatem & humanitatem: & tamen muri cauſam oppoſuit, ſpeciem honeſtatis neque probabilem neque idoneam.* De muris municipiorum dubitatum eſt, an & qui eos violant, pœna capitis puniendi ſint? Vulgo placet, non eſſe: ſed hujuſmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, Bart. in *d. l. ul.* Ang. Mynſ. Schneid. & alii *hic*. Quæ ſententia ſane benignior eſt. 3

Nec

Nec obſtat, quod etiam muri municipiorum ſancti ſunt, *l.* 8. §. 2. *hoc tit.* neque enim quicquid ſanctum eſt, ejus violatio continuo capite plectitur: aut quod capite non plectitur, ſanctum non eſt. Satis enim eſt ad hoc, ut ſanctum ſit, ut ab injuriis hominum defenſum, aut ſanctione aliqua ſubnixum ſit, *d. l.* 8. *in pr. l.* 9. §. 3. *eod.* Sane in bello, ſi quis vallum tranſcendat, aut per muros caſtra ingrediatur, capite punitur, *l.* 3. §. *nec non* 17. *de re milit.* vid. Gothofr. Bul. ad *d. l. ult.* & Autumn. *ibid. in confer. jur. Franc.*

Ideo & legum &c. ſanctiones vocantur) l. ſanctio 41. *de pœn.* Cic. *in Verr.* VI. *Niſi legis ſanctionem pœnamque recitaſſem*. Inconcinna autem eſt illatio. Fortaſſis ab effectu ea pars legis, qua pœna conſtituitur *ποινηλαγια του νομου*, ſpeciatim ſanctio dicitur; quia efficit, ut legi ſua auctoritas & ſanctitas conſtet, *arg. d. l.* 9. §. 3. *hoc tit.* nam generaliter leges ipſas ſanctiones vocari, ſatis notum eſt. Scholiaſtes ad illud Horatii: *Sanctarum inſcitia legum. Aut participium eſt a Sancio, id eſt, firmatarum, aut ſanctarum, id eſt, ſacrarum, ut fœdus ſanctum dicitur & ſacrum.*

TEXTUS.

De rebus ſingulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarundam enim rerum dominium nanciſcimur jure naturali, quod ſicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam vero jure civili. Commodius eſt itaque, a vetuſtiore jure incipere. Palam eſt autem, vetuſtius eſſe jus naturale, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc eſſe cœperunt, quum & civitates condi, & magiſtratus creari, & leges ſcribi cœperunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ in hac ſecunda parte hujus tituli potiſſimum ſpectanda?*
2. *Perperam in hac diſputatione dominio opponi commercium.*
3. *Quid ſit dominium, & quam large nonnunquam ea vox uſurpetur?*
4. *Modos acquirendi jure gentium dominii ad duos commode revocari.*

SEcunda pars hujus tituli: cui reſpondet titulus *Pandect. de acquirendo rerum dominio.* Hucuſque diſputatum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium ſunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ ſunt in patrimonio; quæ ob id etiam privatæ dicuntur & ſingulorum propriæ. Hæ res varie item diſtingui poſſunt. Nam primo quædam ſunt univerſales; quæ vel rationem totius habent, ut hæreditas, univerſum alicujus patrimonium; vel generis, ut fundus, homo, veſtis: quædam ſingulares, ut hic fundus, hic homo, hæc veſtis. Quædam item corporales ſunt, quædam incorporales, de quibus *tit. ſeq.* Corporalium item quædam mobiles aut ſe moventes, quædam immobiles, *l. moventium* 93. *de verb. ſign. l.* 15. §. 2. *de re jud.* Duo vero præcipue 1
hic nobis ſpectanda: id quod in hiſce rebus ſingulorum eſt, ejuſque acquiſitio. Quod ſinguli in his rebus habent, id vel eſt jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem ſunt hæc; dominium, (tum plenum, tum minus plenum, quod quaſi dominium & utile vocant; qualia ſunt jus emphyteuticum & ſuperficiarium) uſus, uſusfructus; jura prædiorum; jus poſſeſſionis, pignus ſive hypotheca. Jus ad rem eſt, quod uno nomine dicitur obligatio ſive creditum. Jus in rem D. Grotio eſt *beheering*: Jus ad rem ſive in perſonam, *inſchult.* Idem jus in rem diſtinguit in jus poſſeſſionis, *beſit-recht*, & jus dominii vel quaſi, quod *eygendom* vocat; eaque voce reliqua in rem jura comprehendit, *lib.* II *manud. c.* 1. Doctiſſimus Diod. 2
Tuldenus dominio non obligationem, ſed commercium opponit. Non recte, ut mihi videtur, in diſputatione propoſita. Nam commercium non eſt res externa, quæ in bonis noſtris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus noſtris relinquere poſſumus, qualis eſt obligatio: ſed jus perſonæ, quod non omnes, qui in civitate ſunt, habent. Eſt enim jus emendi vendendique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l.* 5. *de juſt. & jur. l. quod ſi minor* 24. §. 1. *de minorib.* Ulpian. *tit.* 19. §. 4. Unde quæ res vendi, in ſtipulationem aut conventionem deduci non poſſunt, commercio dicuntur exemptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam huc pertinet: at eam nolim dicere eſſe ex commercio. Nam commercii ſignificatio apud Latinos tam late non patet, quam apud Græcos *συναλλαγματος*, ut tam *συναλλαγματα ακουσια*, quam *εκουσια*, complectatur. Quod ad acquiſitionem attinet, ea quoque non eſt unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re a dominio ſeparata acquiruntur; aliter obligatio ſive creditum, ſicut ex progreſſu apparebit: in quo ſi forte methodi leges non ſatis accurate Compoſitores obſervarint, id non tam in iis reprehendendum, quam ſæculo condonandum eſt. De modis acquirendi dominii, ut præcipui & ſummi in rebus juris, initium faciunt. Dominium eſt plena in rem poteſtas, §. *ult. inf. de uſufr.* ſive jus de re pro arbitratu ſtatuendi, *l. in re* 21. 3
C. mand. Hoc idem jus a re quæſita proprietas dicitur, *l.* 7. §. *ex diverſo* 12. *l.* 23. *hoc tit. de acq. rer. dom. l.* 12. §. 1. *de acq. poſſ.* quanquam proprietatis vocabulo ſæpe in jure noſtro nuda proprietas ſignificatur, a qua ſcilicet uſusfructus ſeparatus eſt, ut paſſim in *tit.* de *uſufr.* quod & in voce dominii contingit, *l.* 6. §. *pen. C. de bon. quæ lib.* & videntur veteres dominium proprie de re corporali dixiſſe, *arg. tit. pand. de acq. rer. dom. & tit. Pand. & C. de rei vind.* ut tamen interdum largius eandem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua noſtra eſt, ut in *l.* 17. *quib. mod. uſ. am. l.* 10. §. 3. *hoc tit. l.* 3. *ſi uſufr. pet.* quo loco & poſſeſſio de re incorporali ſimpliciter prædicatur, quam tamen propriam eſſe conſtat rerum corporalium. VINN. Quæ hic de ſpeciebus juris in re diſputat auctor doctiſſimus: altioris ſunt indaginis. Non erat, quod ſeorſum inter 4
jura in rem recenſeret, uſum, uſumfructum, jura prædiorum, quum ſufficiat, nominaſſe *ſervitutem.*

Dein-

Deinde neſcio, qui omitti potuerit jus hæreditarium, quod jus in re eſſe patet ex *l. 9. l. 19. ff. de hæred. petit. l. 1. §. fin. ff. ſi quadr. paup. l. 6. ff. de religioſ.* Denique jus poſſeſſionis non eſſe jus in re, vel inde patet, quod amiſſa poſſeſſione locum non habet actio realis adverſus quemcumque poſſeſſorem, ſed remedium perſonale *unde vi l. 7. ff. de vi.* Vid. B. Huber. *Prœl. ad Inſtit. lib.* IV. *tit.* 15. §. 2. Zach. Hub. *lib.* III. *diſſ.* 6. *cap.* 11. §. 17. *ſequ.* HEIN.

Multis modis) Privata nulla ſunt natura, ait M. Cicero *lib. 1. de Offic. cap. 6.* ſed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti ſunt.

Nam propria telluris herum natura nec illum,
Nec me nec quemquam ſtatuit.

4 ut Horatius *lib.* II. *ſat.* 2. *v.* 129. *ſequ.* Modi acquirendi multi ſunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili; qui tamen ad paucos memoriæ cauſa commode revocari poſſunt; & mea quidem ſententia, qui ex jure gentium ſunt, commodiſſime ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto noſtro ſeu occupatione acquirimus, vel vi & poteſtate rei noſtræ. Occupationis enim ſpecies ſunt non tantum venatio, aucupium, piſcatio, ſed etiam ſpecificatio, inventio & apprehenſio rerum, quæ nullius ſunt, quæve dominum habere deſierunt; quæ ex hoſtibus capiuntur; poſtremo etiam, quæ transferuntur voluntate domini: quæ omnia ſuis locis demonſtrabimus. Vis ac poteſtas rei noſtræ duplex eſt; ut quicquid ex re noſtra naſcitur, noſtrum ſit, ut quæcunque rei noſtræ accedunt, rem noſtram ejuſque conditionem ſequantur; quorum alterum generali nomine fœtura appellari poteſt; alterum acceſſio. VINN. Sed parum concinna hæc partitio eſt. Rectius dixeris, modos acquirendi vel *originarios eſſe*, vel *derivativos*. *Originarie* acquiri res, quæ in nullius ſint dominio, & quidem *ſimpliciter* ſubſtantiam rei acquiri per OCCUPATIONEM *ſecundum quid*; quæ rei noſtræ accedunt, per ACCESSIONEM. *Derivativum*, quo dominium ab uno ad alium transfertur, eſſe unicum, TRADITIONEM. Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur. HEIN.

Quod appellatur jus gentium) Hoc ideo additum, ne quis putet hic intelligi jus naturale, quod omnium animantium inter ſe commune eſt: ſed quod proprium eſt generis humani, ſive ut Cajus *l. 1. hoc tit.* id explicat, quod ratione naturali inter omnes homines peræque obſervatur. Et perpetuum hoc eſſe ſcribit Caſtrenſ. in *l. 1. de pact.* ut jus naturale, cum ad actus refertur, qui hominum proprii ſunt, pro jure gentium ſeu humano accipiatur. Proprium autem hominis eſt, habere in dominio. Quod autem ait Juſtinianus, hoc jus cum ipſo genere humano proditum eſſe, id de jure gentium primævo recte dicitur, de ſecundario non item; ex quo tamen ſunt nonnulli acquirendi modi, de quibus *hoc tit.* agitur. Reſpexit fortaſſis Imp. formas rerum acquirendarum præcipuas; quæ ex illo jure antiquo originem habent. Ceterum & de jure gentium ſecundario, eoque, quod pro certo rerum ſtatu naturale eſt, hæc accipienda παρατατικῶς.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. *Feræ igitur beſtiæ, & volucres, & piſces, & omnia animalia, quæ mari, cœlo & terra naſcuntur, ſimul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium ſtatim illius eſſe incipiunt. Quod enim ante nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur: nec intereſt, feras beſtias & volucres utrum in ſuo fundo quis capiat, an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, poteſt a domino, ſi is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eouſque tuum eſſe intelligitur, donec tua cuſtodia coercetur. Cum vero tuam evaſerit cuſtodiam, & in libertatem naturalem ſeſe receperit, tuum eſſe deſinit, & rurſus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita ſit in conſpectu tuo, ut difficilis ſit ejus perſequutio.*

NOTÆ.

12. *In ſuo fundo, an alieno*) Quocunque enim loco feræ ſunt, dummodo ſint in libertate naturali, nullius ſunt. Hæc mirifice conveniunt cum traditionibus Hebræorum, de quibus Selden. *de jure natur. juxta diſc. Hebr. c. 4.*

Prohiberi, ne ingrediatur) Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, *l. 16. D. de ſerv. pr. ruſt.* & ſi quis id fecerit, tenetur actione injuriarum, *l. 13. §. ult. de injur.* Ceterum captum nihilominus capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Difficilis) Non tantum ergo, ſi impoſſibilis, ut male Accurſ. *l. 5. pr. l. 44. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde æſtimandum utrum animal ferum ſit an manſuetum?*
2. *Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piſcibus captis in alieno ſtagno?*
3. *Quid ſi quis fundum alienum contra prohibitionem domini ingreſſus, feram ceperit?*
4. *Venando capta non diutius noſtra manere, quam quamdiu in poteſtate noſtra ſunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus eſt occupatio; quæ quam late pateat, ex iis, quæ paulo ante dicta ſunt, intelligi poteſt. Hoc loco, & quatuor §§. *ſeqq.* deſcriptis ex *l.* 3. & *l.* 5. *eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum eſt, & venatio in genere appellatur; cujus ſpecies ſunt, venatio quadrupedum, aucupium, piſcatio. Igitur feræ beſtiæ, quadrupedes, volucres, piſces, ſimul atque ab aliquo captæ, hoc eſt, apprehenſæ & in manum

num ac poteſtatem alicujus redactæ ſunt, jure gentium ſtatim illius eſſe incipiunt. Eſtque hoc genus acquiſitionis longe antiquiſſimum, ipſaque adeo lege creationis conceſſum, *c.* 1. *Geneſ.* & *Pſal.* VIII. quæ & Stoicorum ſententia eſt, teſte Cicerone 1. *Offic. cap.* 6. & Ariſtotele 1. *pol.* 4. cum ajunt, omnia, quæ in terris gignuntur, ad uſum hominum naturam creaſſe.

Feræ) Ferum eſt, quicquid a cicure diſcretum eſt: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus a natura vis infinita inſita eſt libere vagandi in terra, mari, aere: unde feras a ferendo dictas volunt, quod naturali ſuo impetu ferantur, vel quod e conſpectu hominum ſe auferant in ſolitudines. Neque excludimus, quæ hominum com-
2 mercio manſuefacta ſunt. Nam utrum ferum ſit animal an manſuetum, ex natura æſtimandum eſt, non ex aſſuefactione, §. *pavonum* 15. *inf. eod.* Ceterum quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent duntaxat, quæ vel a nullo adhuc occupatæ ſunt, vel occupatæ naturalis ſuæ libertatis iterum factæ ſunt compotes.

Cælo) Cælum pro aere, *ὐρανον ειρηκε, κατα το των ιδιωτων εθος, την ὑπερ ἡμας αερα μεχρι της χωρας νεφελων*. Galen. *comm.* II. *in* 2. Hipp. *de morb.* atque ita etiam ſacri ſcriptores accipiunt, *Matth. c.* 6. *verſ.* 26. *ἐμβλεψατε εις τα πετεινα του ὐρανυ.*

Quod ante nullius eſt) Modo ita affectum ſit, ut alicujus eſſe poſſit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ ſunt, ut res divini juris & publicæ, ſatis conſtat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipſæ nullius ſint: nec item res hæreditarias, quas quamdiu hæreditas adita non eſt, inter res nullius numerat Cajus *l.* 1. *de rer. div.* nam hæreditas interim pro domino eſt, *l. non minus* 31. §. 1. *de hæred. inſt.* Simile axiomati propoſito eſt illud Quinctiliani *declam.* XIII. *Quod omnibus naſcitur, induſtriæ præmium eſt.* Plautus in *Rudent. act.* IV. *ſcen.* 3. *Meum, quod rete atque hami nacti ſunt.*

Nec intereſt utrum in ſuo fundo) Amplificatio regulæ poſitæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capien-
2 tium fieri. Cujus amplificationis ratio non eſt obſcura: nam quocunque loco feræ ſunt, dummodo ſint in libertate naturali, nullius ſunt, & conſequenter tranſeunt in jus occupantis. Igitur & piſces, qui in alieno ſtagno ſunt, & feræ, quæ in ſilvis circumſeptis vagantur: quoniam relictæ ſunt in naturali libertate, *l.* 3. §. *item feras* 14. *de acq. poſſ.* Scio, hoc diſplicere Hotomanno & Weſembecio. Sed profecto ſi piſces iſti aut feræ a nobis non poſſidentur, quod diſerte ſcribit Paul. *d. loc.* conſequens eſt nec eorum nos dominos eſſe, cum hæc ſit natura omnium ferarum, ut dominium earum nec acquiri ſine poſſeſſione poſſit, nec retineri: quod vel unus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, ſpectandam hic eſſe locorum conſuetudinem, ut & in aliis pleriſque, quæ hujus argumenti ſunt. Et noſtro ſæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ ſilvis privatis & piſces ſtagnis incluſi, ut poſſideri, ita & in dominio eſſe credantur, Grot. II. *de jure belli & pac.* 8. *n.* 2. Tulden. *hic c.* 17. quod veteres tum demum admittebant, ſi feræ vivariis, piſces piſcinis incluſi forent, *d. l.* 3. §. *item feras* 14.

3 *Poteſt a domino prohiberi*) Quid ſi nihilominus ingreſſus ſit & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, & recte. Nam id regulæ ſuperiori omnino conſequens eſt. Non obſtat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *l.* 16. *de ſerv. ruſt. præd.* nam prohibitio iſta conditionem animalis mutare non poteſt, neque efficere, ut id quod captum eſt, fiat prohibentis: alioqui non nudam prohibenti actionem injuriarum pareret, *l.* 13. §. *ult. de injur.* ſed rei vindicationem & condictionem furtivam, vid. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 84. *num.* 17. & *ſeqq.* Excipit Angel. & poſt eum Cantiuncula, niſi fructus fundi in venatione, aucupio & piſcatione conſiſtat, *arg. l. venationem* 26. *de uſur. l.* 9. §. *aucupiorum* 5. *de uſuf.* Sed enim, ſi illa vere in fructu ſunt, ne inſcio quidem domino aut ingreſſum non prohibente capta capientis fient: a communi ſententia recedunt Cujac. IV. *obſ.* 2. Weſemb. ad Schneid. D. Tuld. *hic c.* 16.

Euſque tuum eſſe intelligitur &c.) Alia ſuperioris propoſitionis amplificatio; videlicet eam etiam procedere, etſi fera jam ante capta ſit ab aliquo, ſi ea in naturalem libertatem poſtea ſe receperit. Nam quod venando per occupationem acquiſitum eſt, id non diu- 4
tius noſtrum manere, quam quamdiu in poteſtate noſtra & cuſtodia ſit: ubi vero evaſerit cuſtodiam noſtram, & in laxitatem naturalem ſe receperit, deſinere noſtrum eſſe, & rurſum fieri occupantis, *l.* 3. §. 2. *eod.* Chriſtin. *d. deciſ.* 84. *n.* 20. Quod ut ſingulare notandum eſt in dominio ferarum: non aliarum rerum dominium etiam amiſſa poſſeſſione retinetur. Ceterum ne quis hic judicii æquitatem deſideret, placuit, ita demum cuſtodiam prioris domini animal ſemel captum effugiſſe & libertatem naturalem recepiſſe videri, ſi ſic evaſerit, ut vel oculos domini effugerit, vel ſit quidem adhuc in conſpectu ejus, ſed ita, ut ſine ſumma difficultate id perſequi non poſſe videatur, *d. l.* 5. *in pr. l. Pomponius* 44. *hoc tit.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur, ſequendum erit. Gloſſ. Porc. Cantiuncula *hic*.

Textus.

De vulneratione.

13. ***Illud quæſitum eſt, an ſi fera beſtia ita vulnerata ſit, ut capi poſſit, ſtatim tua eſſe intelligatur. Et quibuſdam placuit, ſtatim eſſe tuam, & eouſque tuam videri donec eam perſequaris: quod ſi deſieris perſequi, deſinere tuam eſſe, & rurſus fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter tuam eſſe, quam ſi eam ceperis. Sed poſteriorem ſententiam nos confirmamus, quod multa accidere ſoleant, ut eam non capias.***

Notæ.

13. *Non aliter, quam ſi ceperis*) *d. l.* 5. §. 1. Non enim ſpe & animo feræ noſtræ ſunt, ſed manu & occupatione, *l.* 55. *eod.*

Multa accidere ſolent) Sicut eſt in adagio Græco, *πολλα μεταξυ πελει κυλικος και χειλεος ακρυ*, *inter os & offam multa intervenire poſſunt*, Gell. XIII. *cap.* 16.

Com-

COMMENTARIUS.

1. *Non vulneranti, ſed capienti feram concedi.*
2. *Cur cum fera ſtatim ut capta eſt, noſtra fiat, non ſtatim quoque ut elapſa eſt, noſtra eſſe deſinat?*
3. *Quid moribus hodiernis circa capturam ferarum juris ſit, ejuſque defenſio & interpretatio. num. 4. & 5*

FUere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui exiſtimabant, feram beſtiam, ſi ita a venatore vulnerata ſit, ut capi poſſe videatur, ſtatim venatoris eſſe, ejuſque tamdiu manere, donec illam perſequatur.
1 Verum hæc ſententia ideo diſplicuit, quia ex ſuperiore regula non vulneranti & perſequenti, ſed occupanti & capienti fera conceditur. Non poteſt autem dici feram cepiſſe, qui ſpem tantum capiendi habet, cum multa accidere poſſint, quæ ſpem iſtam fruſtrentur, & ut fera evadat *l. 5. §. 1. eod.* Πολλα μεταξυ πελει κυλικος και χειλεος ακρυ, ut eſt in adagio Græco. Atque ita judicatum refert Chriſtin. *vol. v. deciſ.* 84. *n.* 23. Grotius *lib.* II. *man. c.* 4. notat, eum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venantem eo nomine a miniſtris Saltuarii multari poſſe. Cur vero, inquis, cum fera ſtatim ut capta eſt, noſtra fiat, non & ex contrario ſe-
2 mel capta, ſi poſtea elapſa ſit, ſtatim noſtra eſſe deſinit, ſed tamdiu noſtra manet, quamdiu eam cum ſpe recuperandi perſequimur? Nimirum quia poſſeſſio, ex qua dominia rerum jure gentium cœperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquiſitionem non ſufficit rem eſſe in conſpectu noſtro, ejuſque apprehendendæ animum & ſpem aliquam habere: ſed manu occupanda & corporaliter apprehendenda eſt. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *de acq. vel amitt. poſſ.* Ad retinendam autem Poſſeſſionem ſemel quæſitam ſolus animus ſufficit, *d. l.* 3. §. *ſaltus.* 11. *l.* 1. §. *quod vulgo.* 25. *unde vi* eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana ſpes eſt fore, ut mox rem recuperemus: at ſpe recuperandi ſublata, jam animum quoque poſſidendi nos deſinere habere, *fac. d. l.* 44. *hoc tit. l. 6. § ult.*
3 *de acq. poſſ.* Noſtro jure fiunt quidem feræ etiam occupantium: ſed non promiſcue omnibus venari permiſſum eſt: nam Principes ſibi fere hoc jus vindicarunt; ſaltem quoad certa genera animantium certoſque capiendi modos. Feras minores, puta lepores, cuniculos nobilibus etiam capere licet, certis anni temporibus, dum ne capiant in locis Principi ſpecialiter reſervatis; quod jus & nonnullis aliis ratione officii conceſſum, qui legibus ſaltuariis continentur. Aucupii laxior libertas, excepto quod longo amite aucupari ſolius Principis jus eſt. De jure piſcandi alibi a me dictum. Adi Grot. *lib.* II. *manud. c.* 4. ubi latius hæc perſequitur. Non ſolum autem legibus noſtris, ſed prope omnium rerumpubl. & regnorum conſtitutionibus modus venationum præſcriptus eſt. Conſtitutione Frederici Imperatoris vetantur ruſtici retia, laqueos aut alia inſtrumenta ad capiendas feras tendere, niſi ad urſos, apros vel lupos capiendos, quas beſtias credibile eſt ideo exceptas eſſe, quia tanta earum diritas eſt atque immanitas, ut publice interſit eas ab omnibus necari. *lib.* II. *Feud. tit. de pace tenend.* 27. §. *ſi quis.* Jure Canonico venatione interdictum clericis, ne hac voluptate capti cultum divinum deſerant. *cap.* 1. & 2. *de cler. venat. lib.* 5. *decret.*

tal. Sunt qui exiſtimant; non poſſe citra injuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captaſque ſuas faciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile eſt, hoc omnibus licet, Tiraq. *de Nobil. c.* 37. *num.* 144. Menoch. *conſ.* 298. *n.* 18. *lib.* III. & alii relati apud Fachin. *lib.* I. *contr. cap.* 4. Sed verius eſt, poſſe. Eſt 4
enim hoc jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente, ut ſemper liceat. Jam vero etſi lex civilis nihil poteſt præcipere, quod jus naturæ prohibet, aut prohibere, quod præcipit: poteſt tamen libertatem naturalem circumſcribere, & vetare quod naturaliter licebat, atque etiam ipſum dominium naturaliter acquirendum vi ſua antevertere, D. Grot. II. *de jure belli. c.* 2. *n.* 5. & *c.* 3. *n.* 5. quæ etiam eſt ſententia Covar. *in relect. c. peccatum. de reg. jur. in* 6. *p.* 2. §. 8. cum ait, feras, volucres & cetera animalia jure naturæ non eſſe communia poſitive & affirmative, quia omnium propria ſunt; ſed negative, quia nullius ſunt, & jure naturali nulli ſunt applicata: ac proinde poſſe lege humana uni potius, quam alteri, ex juſta cauſa concedi. Non obſtat igitur, quod ſæpe in libris noſtris legimus, jure naturæ liberum eſſe talia animalia venari. Hoc enim verum eſt, quamdiu nulla lex civilis intercedit, ſicut leges Romanæ res multas reliquerunt in ſuo primævo ſtatu, de quibus aliæ gentes aliud conſtituerunt. Cum autem lex civilis aliud conſtituit, eam obſervari debere, jus ipſum naturæ dictat. Unde autem nata eſt tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex conſenſu populorum, qui jus venandi in compenſationem curarum & gubernationis Principibus ultro reliquerunt: partim ex ipſorum Principum poteſtate, quibus viſum ſit, publice expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem ſpecies multitudine venatorum vaſtaretur, tum ne ruſtici & plebeji homines ſtudio venationis ab agricultura aut opificiis avocarentur, & fortaſſis ob alias etiam cauſas, quas videre eſt apud Weſemb. *parat. de acqu. rer. dom.* Covar. *præd. loc.* Fachin. I. *cont* I. Card. Tuſc. *pract. concl. jur. vol.* VIII. *lit. V. concl.* 41. Chriſtin. *vol.* V. *deciſ.* 84. *n.* 37. & *ſeqq.* Illud ſcire operæ pre- 5
tium eſt, non acquiſitioni animalis capti, ſed juri venandi derogatum eſſe. Unde ſi homo plebejus, aut quis alius, cui jus venandi non eſt, feram venando ceperit; licet incidat in pœnam legibus conſtitutam, fera tamen nihilominus illius fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non eſt: ſed quaſi ab indigno & pœnæ cauſa; eadem plane ratione, qua laquei, jacula, aliaque id genus inſtrumenta venatoria hujuſmodi hominibus adimuntur. Quod ſi vero id, quod ita captum eſt, alteri bona fide accipienti ex juſta cauſa traditum ſit, adimi hoc ei non poterit, neque enim furtivum aut alienum poſſidet, ut ab eo vindicari queat; neque dici poteſt pœnam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit, *l. aliud eſt fraus.* 131. [illegible] *verb. ſign.* Huic non abſimile eſt, quod de fera [illegible]lieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, [illegible]amvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita Covarr. *d.* §. 8. *num.* 5. & *ſeq.* Chriſtin. *ubi ſup. n.* 17. Gudelin. II. *de jur. nov. cap.* 2. Zyp. *notit. jur. Belg. de jur. fiſc.* & *tit. de venat. ferar.*

TEXTUS.

De apibus.

14. *Apium quoque fera natura eſt. Itaque apes, quæ in arbore tua conſederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur eſſe, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque ſi alius eas incluſerit, is earum dominus erit. Favos quoque, ſi quos effecerint, eximere quilibet poteſt. Plane integra re, ſi prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eouſque intelligitur eſſe tuum, donec in conſpectu tuo eſt, nec difficilis perſequutio ejus eſt, alioquin occupantis fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Omnes apes natura feras eſſe, non eas ſolas, quas rei ruſticæ ſcriptores ſilveſtres appellant.*

QUia de quibuſdam animantibus dubitari poterat, ſintne natura fera, an manſueta, & maxime de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anſeribus, non abs re eſt quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda ſint. Ambigi primo poteſt de apibus; quippe quas Plinius tradit nec manſueti generis eſſe, nec feri, *lib.* XI. *nat. hiſt. c.* 5. Varro *lib.* III. *de re ruſt. c.* 16. in feras & cicures diſtinguit, uti & Columel. *lib.* IX. Plinius *d. lib. c.* 18. in ruſticas ſive ſilveſtres & urbanas. Ulpianus autem noſter *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* videri poteſt hæc animalcula in genere manſuetorum habuiſſe, cum ex ſententia Pomponii reſpondet, apes venire in judicium familiæ erciſcundæ: quia in patrimonio noſtro ſunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Paulus vero in eadem re feras a cicuribus manifeſte ſeparat, *l. ſi apes.*
1 26. *de furt.* Sed dubitandum non eſt, quin, ut diverſa ſint apum genera, una tamen omnium ſit natura, eaque fera & ſilveſtris, ut hic ex Cajo *l.* 5. §. 2. *hoc tit.* refert Juſtinianus. Libere enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquandiu incluſæ fuerunt. Quamobrem licet Plinio videantur mixti eſſe generis, fortaſſe quod in iis quid obſervarit, quod naturam animalis manſueti ſapiat, tamen in hoc, quod tractamus, argumento pro feris omnino habendæ ſunt. Nec obſtat diſtinctio illa Varronis, nam cum feras a cicuribus non natura, ſed loco ſeparet, feras appellans, quæ paſcitant in ſilveſtribus, cicures, quæ in locis cultis habentur, ſatis apparet, cicures eum vocare, non quæ natura tales ſunt, ſed cura hominum, cicureſque dixiſſe pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ ſunt, & occupatæ facilius manſueſiunt, quam ſilveſtres. Ulpianus autem *d. l.* 8. §. 1. *fam. erc.* aperte loquitur de apibus, quæ alveariis jam incluſæ ita manſuefactæ ſunt, ut ubi evolaverint, eundem locum ſponte repetant; neque aliis apibus feras opponit Paul. *d. l. ſi apes.* 26. *de furt.* Conſtat autem, animalia, quæ ex feris manſuefacta atque ita condocefacta ſunt, ut ex conſuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam conſuetudinem retinent, eodem jure quo manſueta haberi. Unde recte argumentatur Quintilianus *declam.* 13. apes, quæ ex alveariis noſtris mane evolant, & veſperi domum ſua ſponte revolant: finemque laboris ſui ſole metiuntur, noſtras eſſe. VINN. Recte dicuntur apes feræ naturæ eſſe, ſi bipertita eſt diviſio in beſtias *feras* & *manſuetas*. Aſt ſi eaſdem dividis in *feras*, *manſuetas* & *manſuefactas*, (uti ſæpe unius ejuſdemque rei modo bipertita modo tripertita diviſio eſt. Vid. Celeb. Noodt. *Probab. lib.* I. *cap.* 12.) tum apes non ſunt feræ naturæ, quæ alveariis incluſæ evolant & revolant. Et ita intelligendus videtur Ulpianus in *l.* 8. §. 1. *fam. erciſc.* Manifeſtum autem inter animalia *fera* & *manſuefacta* diſcrimen eſt. Illa ſunt nullius, & hinc fiunt occupantis, hæc ſunt in dominio, & intercepta furtiva fiunt, quamdiu animum redeundi non depoſuerunt. *l.* 5. §. 6. & *l.* 44. *ff. de adqu. rer. dom.* Hinc facile patet cur §. 16. *infra h. t.* negetur anſerum & gallinarum feram naturam eſſe, quum tamen dentur & anſeres gallinæque feræ naturæ. HEIN.

Antequam a te alveo includantur) Nam incluſio hæc occupatio eſt. Quæ autem animalia ſemel noſtra facta ſunt occupatione, ea tamdiu noſtra manent, neque ab alio occupari poſſunt, quamdiu poſſeſſionem eorum retinemus, *fac. l.* 3. §. *quidam* 16. *de acq. poſſ.* Alveus autem eſt χειροποιητος, puta ex vimine, aut inani cortice: favum ipſæ ſibi apes conficiunt, Varr. *de re ruſt. cap.* 16.

Volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint) Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipſæ aut pulli earum tui cenſeri debeant, ita nec apium in arbore tua conſeſſio facit, ut aut ipſæ aut nova earum ſoboles tua efficiatur: ſed ex regula ſuperiore primo occupanti aut includenti cedunt. Quæ apium eadem & favorum ratio eſt, ſi quos forte in arbore tua fecerint, antequam a te alveis includerentur, *d. l. ſi apes.* 26. *de furt.*

Poteris eum jure prohibere) Eodem jure, quo prohibere potes, ſi prævideris, eum, qui venandi cauſa in tuum fundum vult ingredi, adverſus quem, ſi te invito ingreſſus fuerit, prodita tibi eſt actio injuriarum, ut non multo ante didicimus ex *l.* 13. §. *ult. de injur.*

Examen) Non ſolum vetus, ſed & novum, apum recens natarum, quæ ex alveariis ad novas ſedes quærendas a parentibus extruſæ ſunt: nam ſi parentum fera natura eſt, neceſſe eſt & feram naturam eſſe prolis.

TEXTUS.

De pavonibus, & columbis, & ceteris animalibus manſuefactis.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura eſt: nec ad rem pertinet, quod ex conſuetudine evolare & revolare ſolent: nam & apes idem faciunt, quarum conſtat feram eſſe naturam. Cervos quoque quidem ita manſuetos habent, ut in ſilvam ire & redire ſoleant, quo-*

quorum & ipſorum feram eſſe naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, talis regula comprobata eſt; ut eouſque tua eſſe intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam ſi revertendi animum habere deſierint, etiam tua eſſe deſinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur deſinere habere tunc, cum revertendi conſuetudinem deſeruerint.

N O T Æ.

15. *Pavonum & columbarum*) *d. l.* 5. §. 5. Sed hæ volucres facile cicurantur & domibus adſueſcunt, utique quæ natura minus feræ ſunt, minuſque abhorrent a conſuetudine hominum. vid. Varr. III. *de re ruſt.* 7. Colum. *lib.* VIII. *c.* 15.

Revertendi conſuetudinem deſeruerint) Ultro, non ſi ab alio detenta. *l.* 8. §. 1. *D. fam. erc.* Hoc autem totum ex circumſtantiis judex æſtimabit. Weſemb.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Pavones & columbas pro feris haberi, etſi non omnes æque feram naturam habeant.*
2. *Moribus Gallorum & noſtris animalia, quæ revertendi conſuetudinem deſeruerunt, non fieri occupantium.*

SEcundo eadem dubitandi ratio eſſe poterat de pavonibus & columbis, ſaltem quoad quædam genera. Nam pavones quod attinet, diſtinguunt rei ruſticæ ſcriptores pavones agreſtes, qui inſulas & nemoroſa loca captant, ab iis, qui in prædiis gregatim paſcuuntur. Varro *lib.* III. *de re ruſt.* & Columel. *lib.* VIII. *cap.* 11. Idem Varro *d. lib. cap.* 7. duo itidem eſſe genera columbarum tradit: unum agreſte, quod habetur in turribus & columinibus villæ, unde & columbæ appellatæ ſint; alterum clementius, quod cibo domeſtico contentum intra limina januæ paſci ſolet. Porro ex domeſticarum & agreſtium conjunctione naſci & miſcellum tertium genus. Sed
1 idem hic reſponderi poteſt, quod de apibus, eſſe quædam genera pavonum itemque columbarum, quæ natura minus feræ ſunt, minuſque ab hominum conſuetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi: quia facile avolant, & cum agreſtibus ſeſe conjungunt. Certe Cajus *l.* 5. §. *pavonum.* 5. *hoc tit.* & Juſtinianus hic ſimpliciter haſce aves earum numero adſcribunt, quæ ſunt generis feri, quod & Grot. facit *lib.* II. *man. c.* 4. Meminit quidem & pavonis manſueti Pompon. *l. ſi pavonem.* 37. *de furt.* ſed opinor manſuetum dixiſſe pro manſuefacto. Illud nullum argumentum eſt manſuetudinis, quod hæ aves ex conſuetudine evolare & revolare ſolent: nam & apes idem faciunt: & cervos, quorum utique fera natura eſt, ita aſſuefieri poſſe conſtat, ut aliquo abeant, & ſponte ſua redeant domum. Exemplum cervi ita inſtituti a Tyrrhei liberis & præſertim Silvia filia habemus apud Virgilium *lib.* VII. *Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen eſt, pavonibus & columbis hoc propemodum naturale eſſe, & placidis in eo ſimiliores, quam feris. *In iis autem animalibus*) Natura videlicet feris, ſed ἡμεροθεισι και εις το πρᾳον εκ του θηριωδους μεταβαλλομενοις, de quibus hic ſermo eſt; nam in placidis, quæ hominum conſuetudine natura gaudent, obtinet, quod ex Cajo traditur §. *ſeq.*

Cum revertendi conſuetudinem deſeruerint) Tunc enim genitalem feritatem, quam exuerant, recipiunt, & ſæva feris natura redit, ut loquar cum Claudiano. Ceterum hoc ex circumſtantiis judex æſtimabit: neque enim placet eorum ſententia, qui deſuetudinem revertendi ex una & altera intermiſſione metiuntur: quamvis id plerique faciant, teſte Weſembec. *hic.* Enimvero ſi quis, verbi gratia, columbas, quæ ex columbariis noſtris avolant & revolant, vetitis rationibus averterit, ita ut animum revertendi abjiciant, dubium non eſt, quin in factum actione teneatur, & captarum nomine etiam furti, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* Gallorum moribus animalia, quæ ex 2
conſuetudine abire & redire ſolent, dominorum eſſe non deſinunt, nec fiunt occupantium, quamvis cuſtodiam noſtram evaſerint, & deſeruerint animum revertendi, quod maxime in falconibus & accipitribus obſervatur. Joan. Fab. *hic.* Autumn. *coll. jur.* Gall. *ad l.* 5. *eod.* Idemque de moribus noſtris teſtatur Groenew. *de ll. abrog. hic.* VINN. Jure Germanico veteri pavones, columbæ, immo & picæ & cornices manſuefactæ manſuetis animalibus accenſentur. Weichb. *art.* 118. Et tamen fiunt occupantium ſi citra dolum intra quatriduum domum non redierint. Weichb. *ibid.* & jus prov. Suev. *cap.* 356. §. 1. Quæ juri Juſtinianeo plane repugnant. De uſu hodierno conf. Schilter. *Exerc.* XLV. §. 19. HEIN.

T E X T U S.

De gallinis & anſeribus.

16. *Gallinarum autem & anſerum non eſt fera natura: idque ex eo poſſumus intelligere, quod aliæ ſunt gallinæ, quas feras vocamus: item alii ſunt anſeres, quos feros appellamus. Ideoque ſi anſeres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conſpectum tuum effugerint, quocunque tamen loco ſint, tui tuæve eſſe intelliguntur, & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Etiam ob gallinam vel anſerem ſurreptum dari actionem furti.*

POſtremo dubitatum de gallinis & anſeribus: & harum avium naturam initio feram eſſe negat Juſtinianus, quod & Cajus facit. *l.* 5. §. *gallinarum.* 6. *hoc tit.* mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt; quorum alterum natura ſit ferum & agreſte, alterum manſuetum & placidum: eamque naturarum differentiam in omni fere genere animalium animadverti poſſe teſtatur Plinius *lib.* VIII. *c.* 53. De generibus anſerum & gallinarum & natura cujuſque ſcripſere idem Plin. *lib.* X. *c.* 21. Varr. *lib.* III. *de re ruſt.*

c. 9. Columel. *lib.* VIII. *c.* 2. Pallad. *lib.* 1. *c.* 30.

Quocunque loco ſunt, tui tuave) Regula generalis eſt, ad omne genus animalium manſuetorum pertinens, ea noſtra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque ſint in conſpectu noſtro, & ubi ea ſint, ignoremus, vel quocunque modo hoc acciderit: neque enim in his occupationi locus eſt. Quapropter etſi lupus ovem meam, exempli cauſa, rapuerit, ea mea eſſe non deſinet, quamdiu recipi poteſt; & ſi forte eam alius, lupum canibus ſuis perſecutus, eripuerit, ſuam non faciet; ſed repoſcenti mihi reſtituenda eſt, *l. Pomponius.* 44. *hoc tit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, obſerventur. 1. Feras, quarum libertas vel nunquam adempta eſt, vel quæ captæ in eam ſe receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia manſueta, quocunque loco ſint, noſtra manere, neque occupatione cuiquam acquiri poſſe. 3. Manſuefacta ita ut abire & redire ſoleant, quamdiu eam conſuetudinem retinent, jure manſuetorum cenſeri; depoſito revertendi animo, ut ceteras feras, ſecundum regulam concedi occupanti.

Furtum committere intelligitur) *l. 5. §. gallinarum. 6. d. l. Pomponius.* 44. *hoc tit.* quod & in manſuefactis obtinet, ſi quis ea animalia, cum ex conſuetudine abire & redire ſolita eſſent, interceperit, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.*
1 *l. ſi pavonem.* 37. *de furt.* Atque his omnibus locis traditum eſt, etiam actionem furti eo nomine competere: nempe quia hoc exigit ratio juſtitiæ, quæ non ex quantitate, ſed ex ſuis regulis debet æſtimari. Cui contrarium non eſt, quod legimus actionem de dolo ob rem vel ſummam minimam, veluti ob duos aureos non dari, *l. 9. in fin. cum 2. ll. ſeqq. de dol.* ſiquidem actio de dolo, præterquam quod æque ac furti famoſa eſt, remedium eſt extraordinarium, atque in ſubſidium duntaxat, ſi alia actio non ſit, & res alicujus momenti eſſe videatur, comparatum, *l. 1. §. ait prætor.* 4. *de dol.* VINN. Conferri tamen hic merentur, quæ de furto rei minimæ eleganter diſſerit Illuſtris Bynkersh. *Obſ. lib. 1. cap.* 3.

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. ***Item ea, quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt: adeo quidem, ut & liberi homines in ſervitutem noſtram deducantur: qui tamen, ſi evaſerint noſtram poteſtatem, & ad ſuos reverſi fuerint, priſtinum ſtatum recipiunt.***

NOTÆ.

17. *Ex hoſtibus capimus*) *l. 5. §. ult. l. 7. pr. eod.* Ariſtot. 1, *pol.* 4. & 5.

Noſtra fiunt) Jure gentium res hoſtium eodem loco ſunt, quo res nullius, ac proinde eorum fiunt, qui primi earum poſſeſſionem nacti ſunt, *l. 1. §. 1. D. de acq. poſſ.* & tam res immobiles, quam mobiles. Capientes intelligendi non tantum, qui per ſe capiunt: ſed etiam, qui per alios. In actu belli publico & imperatu ſinguli, ut miniſtri operam navant, & Principi aut populo, qui miniſterio eorum utitur, acquirunt: hinc præda & ager ex hoſtibus captus publicantur, *l. pen. D. ad leg. Jul. pecul. l. 20. §. 1. D. de capt.* Extra actum publicum ſinguli ſibi capiunt; quia non capiunt, ut miniſtri. Grot. III. *de jure belli c. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Res hoſtium veteribus eodem loco fuiſſe, quo res nullius, & ideo iis conceſſas, qui primi earum poſſeſſionem adepti eſſent, vel per ſe, vel per alios.*
2. *Agrum hoſtilem non niſi actu publico capi poſſe; ac proinde captum fieri publicum populi.*
3. *Moventia & mobilia, quæ in miniſterio publico capiuntur, & ipſa fieri populi: alias eorum, qui manu capiunt, & quid hodie.*

QUod hic & apud Cajum, *l. 5. §. ult. eod.* traditur, ea, quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus, agrum ex hoſtibus captum publicari, *l. 20. §. 1. de capt. & poſtlim.* bona captivorum in fiſcum cogenda, *l. divus.* 31. *de jur. fiſc.* captivos ab Imperatoribus vendi ſolere, *l. 4. §. 2. de ſtat. hom.* qui prædam ab hoſtibus captam ſurripuit, lege peculatus teneri, *l. pen. ad leg. Jul. pec.* in corpore Canonum, diſtribui prædam publico arbitrio, *c. dicat aliquis. c. 23. q. 5.* Apud alios manubias, id eſt, pecuniam ex venditione prædæ redactam per quæſtores inferri in ærarium. Gell. *lib.* XIII. *c.* 23. Vellej. *lib.* II. Cic. III. *epiſt.* 7. Quæ omnia arguunt, ipſi populo, non ſingulis, qui capiunt, res hoſtium acquiri. Et de agro ex hoſtibus capto omnes conſentiunt, eum fieri publicum ſive populi. Sed quod attinet ad res mobiles, & ſe moventes, plerique putant, has primo ac jure ipſo fieri ſingulorum, qui manu capiunt; ceterum duci aſſignandas, qui inter milites diſtribuat, Bart. *in l.* 28. *de capt.* Alex. & Jaſ. *in l. 1. de acq. poſſ.* Covar. *in c. peccatum. p. 1. §. 2. n. 6. de reg. jur. in 6.* Alii cenſent, hæc ſimpliciter acquiri ſingulis capientibus. Vacon. a Vacun. *lib.* II. *c.* 25. Cujac. XIX. *obſerv.* 7. Merenda ſimpliciter populo aut Principi, cui bellum geritur, *lib.* II. *contr.* 22. Sed nulla harum ſententiarum probanda. Potuit ſane conſenſu gentium utrumvis conſtitui, ut aut capta populo bellum gerenti, aut cuivis, qui manu caperet, in dominium cederent: ſed quid voluerint, quærimus. Id vero nos 1
docet Paulus ex Nerva filio, *l. 1. §. 1. de acq. poſſ.* nimirum jure gentium res hoſtium hoſtibus eſſe non alio loco, quam quo ſunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum poſſeſſionem nacti ſunt. Non diſtinguunt in hoc negotio inter res mobiles & ſoli; neque diſtinguere debuerunt. Nam quæ nullius ſunt, ſive immobilia ſint, ſive mobilia, ſemper fiunt capientium; ſed tam eorum, qui per alios, quam qui per ſe capiunt: neque enim ſervi tantum aut filiifam. ſed & liberi homines, qui in venando, aucupando, piſcando, margaritas legendo operam ſuam addixerunt, ſtatim ejus, quod ceperunt, poſſeſſionem & dominium aliis acquirunt, iis ſcilicet, quibus operam navant: quippe quæ naturaliter acquiruntur, non modo per nosmetipſos, ſed etiam per quemlibet alium, cujus miniſterio utimur, acquirere poſſumus; locumque hic habet, quod dicitur, nihil intereſſe, utrum per ſe quis faciat, an per alium, *l. ea quæ.* 53. *hoc tit. l. 1. §. per procuratorem.* 20. *l. 3. §. 1. de acq. poſſ.* Sic apud Græ-

Græcos, qui in Olympiis certabant, præmia acquirebant, iis a quibus mittebantur. Igitur res hæc expedienda eſt cum D. Grotio III. *de jur. bell.* 6. *n.* 10. & D. Tulden. *in comm. hic c.* 29. diſtinctione facta inter actus vere publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occaſione belli publici; ut dicamus, per illos actus res
2 acquiri populo, per hos primo ac directe privatis. Res ſoli, niſi publico actu, inducto exercitu, impoſitis præſidiis, capi non ſolent: & ideo, ut Pomponius reſpondit, publicatur ager, ſive publicus fit populi, qui ex hoſtibus captus ſit, *l. ſi captivus* 20. §. 1. *de capt.* Solebant autem Romani, ut hoc obiter addam, agros ex hoſtibus captos aut totos publicare, aut partiri in victorem populum, aut per cenſores locare; interdum modico veteri poſſeſſori honoris gratia relicto aut diſtrahere, aut aſſignare veteranis, aut certum iis vectigal imponere: quarum rerum paſſim in legibus, hiſtoriis, & agrimenſorum commentariis teſtimonia extant, vid. *l.* 15. §. 2. *de rei vind. l.* 11. *de evict.* conſule porro Briſſon. IV. *ſelect. ant.* 1. Pet. Fabr. II. *ſem.* 3. & 4.
3 Connan. 3. *comm.* 5. Mobilia vero & ſe moventia aut in miniſterio publico capiuntur, aut extra illud: priore caſu etiam illa populi fiunt, cui hic ſinguli ut miniſtri operam navant: nam ut ducibus exercitus prædæ diſpenſandæ aliquod arbitrium conceſſum fuerit; tamen actus ſui rationem debebant populo: de quo late Grot. *ubi ſup. n.* 15. Poſteriore autem caſu fiunt ſingulorum capientium: quia quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere ut miniſtri. Atque huc referendum eſt illud Celſi *l. transfugam.* 51. §. 1. *hoc tit. Quæ res hoſtiles apud nos ſunt non publicæ, ſed occupantium fiunt.* Quæ apud nos ſunt, hoc eſt, bello exorto apud nos deprehenduntur. Nam idem & in hominibus obſervabatur. Quam in rem inſignis eſt locus Triphonini *l. in bello* 12. *pr. de capt. Verum in pace*, inquit, *qui pervenerunt ad alteros, ſi bellum ſubito exarſiſſet; eorum ſervi efficiuntur, apud quos jam hoſtes ſuo fato* (ita legendum, non *ſuo facto*, ut habent libri) *deprehenduntur.* Fato hoc adſcribit Juriſconſultus, quia nullo ſuo merito in ſervitutem deveniunt: nam fato hujuſmodi adſcribere translatitium eſt. Tale illud Nævii; *Fato fiunt Romæ Metelli conſules.* Hinc etiam eſt, quod ſi quid milites capiunt non in procinctu, aut in eo, quod facere jubentur, ſed in eo, quod promiſcuo jure aut ſolo permiſſu faciunt, id ſibi ſtatim acquirunt: capiunt enim non ut miniſtri. Talia ſunt ſpolia, quæ detrahuntur hoſti in dimicatione ſingulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in liberis & injuſſis excurſibus capiunt. Nunc vero paſſim uſurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis ſuum quiſque faciat, quod cepit: in excurſibus vero capta omnia fiant eorum, qui in comitatu ſunt, inter ipſos pro dignitatis ratione partienda. Vinn. Magnum hic diſcrimen inter militiam lectam & mercenariam, itemque eam, quæ ſtipendia meretur, & quæ ſuo ſumtu militat ſpe prædæ. Sed de his alii. Id quæritur, an occupatio bellica vere ſit modus adquirendi? Sane enim, quod meum ſit, ab alio non poteſt ſine injuria eripi, quum tamen hoſti ſemper jus ſit, rem ſuam a me occupatam recuperandi. Dicendum itaque videtur, occupationem bellicam modum adquirendi eſſe ratione tertii: non ratione ipſius hoſtis, niſi acceſſerit hujus renunciatio in conditionibus pacis. Hein.

Ut liberi homines in ſervitutem) Hoc etiam in Luſitania aliiſque locis Turcorum imperio vicinis obſervatur. Ceterum Chriſtianarum pene omnium gentium velut mutuo conſenſu comparatum eſt, ut capti etiam in bello juſtiſſimo libertatem retineant, eouſque tamdiu duntaxat retinere liceat, donec pretium redemptionis exolverint, quod *lib.* 1. memini me fuſius explicaſſe.

Priſtinum ſtatum recipiunt) Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hoſtes manumiſſi ſint; nam ratio poſtliminii efficit, ut hic quoque locum habeat, quod ſæpiſſime conſtitutum eſt, natalibus non officere manumiſſionem, §. *ult. ſup. de ingen.*

Textus.

De occupatione eorum, quæ in littore inveniuntur.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cetera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali ſtatim inventoris fiunt.*

Commentarius.

Acquiſitionis naturalis & quidem occupationis ſpecies eſt & inventio. Ea pro duplici objecto diſtingui poteſt in duo genera: nam aut earum rerum eſt, quæ nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ deſierunt habere dominum, quales ſunt theſaurus & res pro derelicto habitæ. De priore genere hic agitur, de altero in §. *theſauros* 39. & §. *pen. inf. eod.*

Lapilli & gemmæ) Margaritæ, conchylia, corallia, ceteraque, quæ in mari aut littore maris nata nec ab alio ante occupata, inveniuntur, *l.* 3. *de rer. div. l.* 1. §. 1. *de acq. poſſ.* Quod autem a mari productum non eſt, ſed a navigantibus in tempeſtate ejectum, vel quod naufragum fluctibus in littus expulſum eſt, eorum permanet, qui ejecerunt, vel naufragium fecerunt, §. *ult. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc intereſſe ex Servio Ulpianus refert, *l. cum aurum* 19. §. *gemmæ* 17. *de aur. arg. leg.* quod gemmæ proprie dicantur lapides pretioſi, qui natura perlucidi ſunt; lapilli, qui ſunt contrariæ naturæ: quod diſcrimen etſi non uſquequaque ab aliis ſcriptoribus obſervatur; nulla tamen ratio eſt, cur ob id Juriſconſultos reprehendat Valla. vid. Alciat. *lib.* IV. *de verb. ſign.* Vinn. Nimirum gemmas lapilloſque varie diſcernunt veteres. Modo *gemmæ* ipſis ſunt uniones, *lapilli* alii lapides pretioſi: V. C. Broukhuſ. *ad* Tibull. *lib.* I. *Eleg.* 9. modo gemmæ vocantur lapides pretioſi, lapilli minus pretioſi. Apulej. *in Florid. p.* 346. modo gemmæ & lapilli accipiuntur promiſcue. Brod. Miſcell. *lib.* X. *cap.* 17. Sed hic non quæritur, quid alias ſignificent hæc vocabula? ſed quomodo interpretanda ſint in materia de legatis? Hic JCtis aliquid permittendum fuit: Vid. omnino V. C. Carol. And. Dukerus *de Latin. JCt. p.* 299. *ſequ.* Hein.

Statim inventoris fiunt) Inventio ſpecies eſt, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quiſque hæc videre cœperit & notare oculis, ita ſtatim ejus fient, quod

qui-

cauſam dominii? quorum alterum manifeſte falſum eſt: alterum falſum eſſe ex Alfeno nos docet Ulpian. *l. 9. §. 2. de damn. inf.* Quæ, mirum eſt, Cujacium, Hotomannum, Pacium, alioſque, qui hunc locum πληθυντικως, ut vulgo legitur, legendum etiam contendunt, non conſideraſſe. Igitur ut rem in pauca conferam, portio fundi ita uti diximus detracta & noſtro fundo adjecta, ſi tamdiu fundo noſtro adhæſerit, ut coaluerit cum eo, & quod argumentum eſt coalitionis evidentiſſimum, ſi arbores, quas forte ſecum traxit, in fundum noſtrum radices egerint, ex eo tempore nobis quæſita intel-
2 ligitur. Alia quæſtio eſt, an poſt coalitionem adhuc aliqua actio ſuperſit priori domino, ſaltem pretii conſequendi gratia, cum iniquum videatur, quenquam locupletari cum alterius damno, quod ſine culpa ejus contigerit: ut in propoſito, in quo quæritur de parte agri non negligentia poſſeſſoris amiſſa, ſed abrepta violentia fluminis; hoc eſt, vi majore, ne quis poſſeſſori objicere poſſit, quod ripam ſuam tueri debuit. In contrarium tamen dici poteſt, partem abreptam, non ſtatim ut abrepta eſt, & in fundum meum, licet munere quodam fortunæ, appulſa, meam fieri: ſed poſt longum demum tempus, poſtquam tamdiu hæſerit, ut jam cum terra mea unita ſit; ac proinde ut prior poſſeſſor cauſetur violentia amnis, objici tamen ei poſſe, quod partem avulſam, cum poſſet, non vindicaverit, ſed tamdiu paſſus ſit eam hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit & unum facta ſit, ut ipſe quodammodo eam alienaſſe videatur, ſicut de eo reſponſum eſt, qui rem ſuam patitur uſucapi, *l. alienationis, 28. de verb. ſign.* ita ferme & D. Tuld. *hic c. 26.* Plane qui facto alieno rem ſuam hoc jure inviti amiſerunt, iis ſuccurri ſolet vel utili actione in rem, *l. 5. §. 3. de rei vind. l. qua ratione 9. §. 2. hoc tit.* vel quæ actioni in rem ſubſidiaria eſt, actione in factum, *l. in rem 23. §. item quacumque 5. de rei vind.* pretii nimirum conſequendi cauſa. Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teſte Joan. Fabrot. Gloſſa in *d. l. 5. §. 3. de rei vind.* parum ſibi conſtat.

Textus.

De inſula.

22. *Inſula, quæ in mari nata eſt (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim eſſe creditur. At inſula in flumine nata (quod frequenter accidit) ſiquidem mediam partem fluminis tenet, communis eſt eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque prædii, quæ prope ripam ſit. Quod ſi alteri proximior ſit parti, eorum eſt tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia poſſident. Quod ſi qua parte diviſum ſit flumen, deinde infra unitum agrum alicujus in formam inſulæ redegerit, ejuſdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

Notæ.

22. *Occupantis fit*) *d. l. 7. §. 3. h. t.* juxta regulam; *Quod ante nullius eſt, &c.*

Siquidem mediam partem, &c.) Inſula in flumine nata communis eſt eorum, qui utrinque finitima prædia poſſident pro cujuſque prædii fronte ac modo, *d. l. 7. §. 3.* dum ne agri ſint limitati, *l. 1. §. 6. de flum.*

Alteri parti proximior) Si inſula cis aut ultra medium amnem enata ſit, ſiquidem contra frontem unius prædii, cui propior eſt, tota acquiritur hujus fundi domino: ſi ita, ut fronti plurium agrorum ſit oppoſita, communis fit omnium, qui ſecundum eam ripam in quantum inſula porrigitur, habent, *d. l. 7. §. 3. l. 29. l. 30. l. 56. eod.*

In formam inſulæ) Ποταμȣ κυκλῳ περιρρέοντος. Igitur ager non mutat cauſam proprietatis circumluvione, *d. l. 7. §. 4. l. 30. §. 3. eod.* Sed & inſula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet, *l. 65. §. 2. eod.* ubi in *§. ult.* pro *ſi id*, leg. *non ſi id*, ut præcedentia evincunt, v. Accurſ. ibid.

Commentarius.

1. *Cur raro accidat, ut in mari inſula naſcatur.*
2. *Cur frequenter in flumine.*
3. *Inſulam in flumine natam non publicam eſſe, ſed privatam vicinorum poſſeſſorum.*
4. *Nec tantum proprietate, ſed etiam uſu.*
5. *Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur.*
6. *Non occupationis, ſed acceſſionis jure acquiſitionem defendi.*
7. *Mores hodiernos hic variare.*

Tertium rerum genus, quod jure acceſſionis acquirimus, eſt inſula in flumine nata vado cohærens: de qua ſpecie acquiſitionis ex profeſſo tractatur hoc §. Adſpergitur initio aliquid de acquiſitione inſulæ in mari natæ, uti & apud Cajum. *l. 7. §. 3. eod.* unde hic locus ſumptus eſt: ſed per occaſionem duntaxat; nec huc pertinet, ſed ad primum genus acquiſitionis juris gentium, occupationem.

Quod raro accidit) Partim ut credibile eſt propter 1
nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æſtuum reciprocationem, unde fit, ut nec locus alvei marini facile ſiccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli poſſit: nam ſi quid acceſſu attollatur, id receſſu iterum dejicitur, & complanatur, efficitque jugis iſta reciprocatio, ut eandem faciem fundus maris ſemper retineat. Terræ tamen motu interdum inſulas in mari repente emergere teſtatur Plinius, velut paria ſecum faciente natura, quæque hauſerit hiatus, alio loco reddente: interdum eodem motu recedente mari novas terras in continente naſci, cum idem ille ſpiritus attollendo potens ſolo non valet erumpere, *lib. 11. Nat. hiſt. c. 85. & 2. ſeq.* Grot. *flor. ſparſ. hic.* Fabrot. *ad Theoph.*

Quod frequenter accidit) Plinius *d. c. 85.* ſcribit, flu- 2
minum invectu id fieri; nimirum quia flumina fere limoſa ſunt, & multis plerumque locis vadoſa, ſæpe accidit, ut limus, quem ſecum trahunt, & alia limo illita vado hæreſcant & adglutinentur, quibus paulatim auctis locus ille alvei tandem ſupra flumen emi-

ne-

…ere incipiat. Livius *lib.*11. *cap.*5. refert, cum Romani mediis caloribus campi Martii ſegetem meſſi maturam & cum ſtramento deſectam (quia religioſum erat conſumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudiſſent; inſulam inde enatam eſſe firmam templis quoque & porticibus ſuſtinendis. Sed neque conſtans eſt fluminis curſus, ſicut eſt maris; neque ut mare, fluxum & refluxum habet. Quæ omnia conſideravit Pomponius *l.ergo* 30.§.2.*hoc tit.*cum ſcribit inſulam in flumine fieri tribus modis; uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero, cum locum aliquem, qui alvei eſſet, ſiccum relinquit, & circumfluere cœpit: tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem ſupra alveum fecit, eumque alluendo auxit. Ad hæc aliquando evenit, quod Paulus notat *l pen.* §.2. *eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia, in ſuperficie fluminis concreſcente, inſula exiſtat, quæ ita ſuſtineatur in flumine, ut ſolum ejus non tangat.

Siquidem mediam partem, &c.) Tria fere ſunt, quæ de acquiſitione inſulæ in flumine enaſcentis quæri poſſunt; cui, quatenus, & quo jure ſeu qua juris ratione, acquiratur. Ceterum ſciendum eſt,non de omni inſula, quæ in flumine nata aut a flumine facta ſit, hæc quæri: ſed de ea duntaxat, quæ nata aut facta ſit in alveo,aut ex alveo fluminis. Nam primo cauſam proprietatis non mutat is ager, qui cum alvei non eſſet, ab amne circumfluo, ποταμῳ κυκλῳ περιῤῥέοντος, in formam inſulæ redactus eſt, *d. l.* 7. §. 4. *d. l. ergo*.30. §.2. *hoc tit.* & *hoc.* §. *in fine.* Deinde quæ in flumine nata eſt, forte ex virgultis, aliave materia, quam temere flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica eſt, & ejuſdem fere juris, cujus eſt ipſum flumen, *d.l. pen.* §.2. *eod.* In Arteſia non procul a fano S.Audomari lacus eſt, in quo inſulæ aliquot fluitantes funiculo arboribus alligato, aut contis quo libeat, impelluntur, attrahunturque, in quibus etiam boves aliæque pecudes paſci poſſunt. Quales & in Lydia, quas Calaminas vocabant, fuiſſe, Plin. *lib.*1. *c.*95. *Nat.hiſt.* memorat. De ſola igitur ea inſula, quæ alveo fluminis cohæret, ſive lenta colluvione in eo enata ſit, ſive circumluvione partis, quæ alvei eſſet, facta quæritur, primum cui ea jure gen-
5 tium acquiratur. Et ait Juſtinianus hic poſt Cajum, *d.l.*7. §.3. *eod.* eam fieri privatam eorum, qui prope flumen, in quo nata eſt, prædia poſſident: quod & Pompon. affirmat. *d.l.ergo* 30.§.2,*eod.*& Ulpian.*l.*1.§.*inſula* 6.*de flum.* ſatiſque intelligitur ex iis, quæ diſputantur a Paulo *l. inter* 29. & Proculo *l.inſula* 56. *hoc tit.* Cui tamen ſententiæ contrarium eſt,quod apud Labeonem *l.pen.*§ *ult.eod.* vulgo ſic legitur; *Si id,quod in publico innatum aut inædificatum eſt, publicum eſt; inſula quoque, quæ in flumine publico nata eſt, publica eſſe debet.* Sed cum hoc e diametro pugnet cum ſuperioribus locis, adeoque cum iis quoque,quæ ipſe Labeo de proprietate inſulæ diſſerit in §§. *præced. d. l. pen.* quid dubitamus cum Hotomanno *lib.*1.*obſ.* 43. aſſerere, locum iſtum depravatum eſſe, & legendum; *Non ſi id, quod in publico innatum* &c. ut hic ſit ſenſus; quamvis id, quod in publico naſcitur, puta arbores, plantæ, ſegetes, aut ædificatur, publicum fiat, (de ædificio in publico poſito id teſtatur Ulpian. *l.*2. §.*ſi quis* 17.*ne quid in loc.publ.* nam ideo ſolarium ei imponitur) tamen inſulam in flumine publico natam publicam non fieri, ſed privatam, quod ipſe Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomannum temeritatis arguit Cujac.XIV. *obſer.* 11. Sed ego Accurſium etiam invenio teſtantem, eodem ferme modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus: atque ut hac auctoritate deſtituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, a qua toto cælo aberrat Cujac.*d.loc.* eumque ſecutus Pac.*cent.*VI. *quæſt.* 93. quanquam uterque de uſu tantum Labeonem intelligit: de quo mox. Sunt, qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo caſu, quo prædia prope ripam publica, puta ſi inſula naſcatur in Tibri, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujuſmodi reſtrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquiſitioni locus non eſt, quia nec alluvioni,ſed occupantis inſula fit, *l.* 1. §. *ſi inſula* 6. *de flum.* Videamus nunc, inſula in flumine nata quatenus vicinis poſſeſſoribus acquiratur. Et de eo duplex quæſtio eſt; una, utrum proprietate duntaxat, an vero etiam uſu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acqui-
ratur, quæ pluribus communiter acquiritur. Ad primam quod attinet, ſic omnino habendum, inſulam 4
in flumine publico natam, ſi vicina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantum, verum uſu etiam dominis vicinorum prædiorum acquiri: ideoque eos ſolos ſementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere poſſe: nec ſi quid aliud in ea faciant, aut quid in eam immittant, id in publico, uti in ripa, fieri intelligi, *d.l.*1. §.*ſi inſula* 6.*de flum.* Et vero ſi uſum inſularum publicum eſſe volumus, inutilis prorſus futura eſt earum proprietas, *d.l.pen.* §.1. neque quiſquam eſt veterum, cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit, quod ſcripſerit, in inſula fluminis, quæ propria noſtra eſt, nihil eſſe publici, id non videtur ſatis bona fide facere: ut & alibi nonnunquam, *l.ult.de leg.Rhod.l. ult. de uſuc. c. pen. de furt.*Pet.Fab.*ad l.*145. *de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit, partes inſulæ extremas, quæ vicem riparum circumcirca obtinent, uſu publicas eſſe, ut juris eſt in continente: ſed de inſula reſpondit, non conſiderata inſulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipſa reprehenſione tacite fatetur verum eſſe, quod Labeo dixerat, cum crepidinem duntaxat excipit, cujus uſum, ut riparum, publicum eſſe dicit, videlicet ut naves eo appellere, retia ibi ſiccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere, ſicut in ora continentis, cuique liceat: quod Labeo non negaverat. Alterum, quod hic quæ-
ritur, eſt, pro qua parte inſula vicinorum fiat. Et, 5
ſi quidem in medio fluminis alveo enata ſit, communis fit eorum, qui prope utramque ripam poſſident: ſin cis aut ultra medium amnem, ſiquidem contra frontem unius prædii, cui propior eſt, tota acquiritur hujus prædii domino: ſin ita ut fronti plurium agrorum ſit oppoſita, communis fit omnium, qui ſecundum eam ripam, in quarum inſula porrigitur, habent, *hoc* §. & *d. l.*7. §. 3. *eod.* Communem autem fieri inſulam cum dicimus, non intelligimus eam communem fieri pro indiviſo, uti ſolemus, cum proprie loquimur, *l.*5. *de ſtip. ſerv. l.*5. §.*ult.de reb. eor. qui ſub*

tut. ſed regionibus diviſis, pro fronte, hoc eſt, latitudine cujuſque fundi, quæ prope ripam ſit, ut tantum quiſque in ea habeat certis regionibus, quantum ante hujuſque eorum ripam eſſe linea in directum per inſulam tranſducta apparebit, *l. inter eos 29. hoc tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic ſpectari placet, recte reſpondit Pompon. *d.l.ergo 30. pr. hoc tit.* ſi interiorem partem fundi, ad cujus frontem inſula, quæ accrevit, non reſpicit, vendidero, nihil ex ea inſula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, ſi jam tum, cum inſula naſceretur, partis venditæ dominus fuiſſet. Enimvero quod inſulæ meæ poſtea accedit, id incrementum, etiamſi faciem inſulæ mutet, meum tamen eſt; quia rei meæ accedit: ut ecce, Inſula contra frontem agri mei enata eſt, cujus latitudo non excedit regionem prædii mei: poſtea alluvione paulatim aucta proceſſit contra frontes ſuperioris & inferioris vicini, vel etiam propior eſſe cœpit adverſæ ripæ: quod alluvione poſtea acceſſit, id meum eſt: & ita Proculus reſpondit, *l.inſula 56. eod.* Similem rationem habent, quæ Paulus diſputat *l.pen. §. pen. eod.* & idem Proculus *d.l.inſula 56. §.1.* Hoc igitur conſtituto, inſulam in flumine natam dominis vicinorum prædiorum acquiri; reſtat, ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video eſſe, qui jure quodam occupationis hoc fieri exiſtimant, quod primi eam oc-
6 cupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet: alioqui eadem ratione dicendum eſſet, etiam inſulam in mari natam eorum fieri, qui prope littus prædia poſſident, & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam poſſident agros limitatos: quod utrumque falſum eſſe conſtat. Ego non aliam hujus acquiſitionis rationem eſſe arbitror, quam quod inſula alvei pars ſit, alveus pars cenſeatur vicinorum prædiorum: ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id eſt, inſulam in eo natam, iiſdem acquiri, jure ſcilicet acceſſionis. Et inſulam quidem partem alvei eſſe conſtat. At abſonum videri poteſt, quod alveum partem eſſe dicimus vicinorum prædiorum; cum alveus publicus ſit eodem jure, quo ipſum flumen, *l.1. §.ſimili 7.de flum. §.ſeq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur inſulam quoque, quæ alvei pars eſt, publicam fieri oportere. Sed ſciendum eſt, alveum non ſimpliciter publicum eſſe, ſed quatenus a flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem intereſſe, ut Pomponius huic objectioni occurrens reſpondet, utrum de alvei ſolo mutato, an de eo, quod ſuperfuſum ſolo & terræ ſit, quæratur; hoc eſt, utrum quæratur de toto alveo mutato & a flumine relicto, an de inſula in alveo nata; quippe ſufficere, ea parte, qua inſula extitit, alveum a flumine non teneri, *d.l.ergo 30. §. 1.& 2.* Neque vero flumen interfluens impedit, quominus inſula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quam via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus ſiccatus acquiratur his, qui ſecundum eam viam poſſident, *l. Attius 38. eod.* Etenim ut via publica pars prædii vicini exiſtimatur, *d. l. Attius in fin.* ita & alveus intermedius flumini ſubjectus. Atque hoc manifeſtiſſimum argumentum eſt, alveum etiam tum, cum adhuc a flumine occupatur, partem quadantenus cenſeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquiſitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci inſula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iiſque ſolis detrimento eſt, in quorum agros curſus ejus depellitur. De inſula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. inſul.* & Magius IV. *miſcell.* 2. add. Cæpoll. *de ſerv. ruſt. præd. c.*33. Apud nos, quanquam videri 7
poterat inſularum in flumine natarum eadem propemodum ratio eſſe, quæ eſt ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic eſt jus fiſci, quam in alluvione, teſte D.Grot. II. *manuduct. c. 9.* Nec mirum, cum & alvei exſiccati eadem fere, quæ alluvionis, ratio ſit: quem tamen conſtat principi olim aſſignatum fuiſſe, ut pleraque alia ἀδέσποτα, idemque in Gallia quoque obſervari, ex Bern. Automn. refert Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 86. *n.*7. In agro tamen Putteno ex veteri conſuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quo poſſeſſor pedes gladium exſertum tenens pertingere poteſt. In Geldria moris eſt, ut vicinis poſſeſſoribus acquiratur id, quod plauſtro onerato adiri poteſt: addita tamen occupatione: alioqui fiſcus prævertere poteſt. D.Grot. *d.loc.* VINN. Rationem juris Romani rectiſſime explicavit Vinnius. Si enim totus alveus derelictus privatorum ſit, ut eſt in §. 23. non poterant non inferre JCti, & partem alvei flumine nudatam, id eſt inſulam vicinorum fieri. Aſt ſi de jure naturali quæſtio eſt: aliter videtur ſtatuendum. Partes enim ex vicinis agris avulſæ, ex quibus inſula facta, ſunt nullius, non amplius vicinorum. Quum itaque accedant rei publicæ, id eſt flumini, inſula quoque erit publica. Et ita pronunciari ſolet in Germania. Si flumen duo territoria ſeparat: ſervatur definitio juris Romani. Conf. Schilter. *Exer.* IV. §.19. HEIN.

TEXTUS.

De Alveo.

23. *Quod ſi naturali alveo in univerſum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum eſt, qui prope ripam ejus prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque agri, quæ prope ripam ſit: novus autem alveus ejus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen eſt, id eſt, publicus. Quod ſi poſt aliquod tempus ad priorem alveum reverſum fuerit flumen, rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui prope ripam ejus prædia poſſident.*

NOTÆ.

23. *Quod ſi naturali alveo*) Ex *d. l. 7. §.5.eod.* In agris limitatis nec hoc obtinet, *l. 1. §.7. de flum.*

Rurſus novus alveus) Poſtulat hoc ſtricta ratio: ſed æquitas ſæpe aliud ſuggerit, & hoc ſignificat Caj. *d.l.* 7.

7. §. 5. cum ait vix eſſe, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando quod ex circumſtantiis judicandum, *v. d.l.*30. §. 3. *l.* 38. *h. t. l.* 23. *quib. mod. uſ. am.*

COMMENTARIUS.

1. *Alveum fluminis extra uſum publicum exiſtimari partem vicinorum prædiorum; & ideo ſiccatum prædiis cedere.*
2. *Si vicini agri limitati ſint, primi occupantis alveum deſertum fieri.*
3. *Pars alvei ſiccati quando apud nos privatorum fiat.*
4. *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente reſtituendus.*

Quarto & poſtremo eodem jure & ratione proximis poſſeſſoribus pro modo latitudinis cujuſque prædii, quæ prope ripam ſit, adjicitur alveus a flumine relictus, nempe vi & poteſtate prædiorum, quibus ipſis hæc acquiſitio tributa, propter vicinitatem, & propter prædia, prædiorum dominis.
1 Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquiſitionis tibi explicem, dixi paulo ante, alveum fluminis extra uſum publicum a veteribus exiſtimatum fuiſſe partem prædiorum vicinorum, quaſi olim iis detractum: argumento eſſe, quod placet, inſulam manente adhuc alveo in flumine natam vicinorum eſſe, quod profecto non fieret, niſi alveus, cui inſula cohæret, & ipſe vicinorum prædiorum pars intelligeretur: nam prior eſt alvei ratio, quam inſulæ, quæ conditionem alvei, ut pars ejus, ſequitur. Ad hanc ſententiam confirmandam Don. IV. *comm.* 28. & Bachov. *hic* afferunt locum Pomponii *l. ergo* 30. §.1. *hoc tit.* Et ſane quidem recte, ſed non video comparationem illam ſimilium, qua, quod illi fingunt, Pomponius utatur, conferens alveum cum ripa, aut ſolum alvei cum ripæ ſolo. Simplex eſt Pomponii ſententia, ripæ ſolum privatum eſſe, eorum ſcilicet, qui prope ripam habent proprium: uſum autem ejus publicum intelligi: & ideo cum exſiccatus eſt alveus, proximorum fieri, hoc eſt, ſolum ripæ etiam uſu proximorum tum eſſe incipere, quia jam populus eo non utatur, nempe ſolo ripæ, de quo ſermo inſtitutus erat. Ceterum ratio hujus conſolidationis non magis ad ripam, quam ad alveum pertinet. Nam ut uſus ripæ, licet ea privata & vicini prædii pars ſit, publicus eſt, propterea quod populus flumine uti ſine ripa commode non poteſt, ita & uſus alvei, licet ſolum ejus privatum intelligatur, & pars prædiorum, quæ ad ripam jacent, publicus eſt; quia ſine alveo populus flumine uti non poteſt. Rurſus uti ripæ uſus exſiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius non utitur: ita & uſus alvei, quem flumen abſtulit, recedente flumine ad proprietatem, quæ penitus ablata non fuit, revertitur; quia jam alveo populus amplius non utitur. Hoc intereſt, quod proprietatis ripæ aliqua poteſt eſſe utilitas; alvei, quamdiu a flumine tenetur, plane nulla; quæ cauſa eſt, quod alveus non ſecus ad flumen ipſum publicus dicatur, *l.*7. §. *quod ſi* 5. *hoc tit. l.*1. §. *ſimili* 7. *de flum. & hoc text.* Juvant jus de hac acquiſitione conſtitutum incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati coguntur, inundationes, avulſiones agrorum &c, quæ ſi vitare volent, ripas ſuas magno ſumptu muniant neceſſe eſt. Ferant igitur & commoda fluminum, ſi qua ſint, juxta regulam naturalis æquitatis, *l.*10. *de reg. jur.* Ceterum quod in præcedentibus di- 2
ximus, agros limitatos jus alluvionis non habere, ac proinde nec inſulam prope ripam eorum natam poſſeſſoribus jure vicinitatis acquiri, ſed fieri occupantis, idem etiam obtinet in alveo relicto, ſi vicini agri limitati ſunt, *l.*1. §. *ſimili* 7. *de flum.* Apud nos, ut 3
jam intelligimus, alveus in totum derelictus fiſco acquiritur; at pars alvei ſiccata, interdum privatis, ſi videlicet a populo, aut jus populi habente, agrum ad flumen excurrentem qua talem acceperint.

Novus alveus ejus juris eſſe incipit, cujus eſt ipſum flumen) Sicut alveus a flumine deſtitutus privatus fit, ita novus, quem ſibi flumen fecit: fit publicus: nam impoſſibile eſt, ut alveus fluminis publici non ſit publicus, ait Ulp. *l.*1. §. *ſimili* 7. *de flum. & l.*7. § 5. Pertinet huc illud Pomponii in *d. l. ergo* 30. §.3 *hoc tit.* *Flumina*, inquit, *cenſitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Cui ſimile eſt, quod apud Caſſiodorum legimus *lib.* III. *variar.* *Agrimenſor*, inquit, *more vaſtiſſimi fluminis aliis ſpatia tollit, aliis rura concedit.* Ita plerumque evenit, ut alios flumen ditet, alios pauperet. Lucanus:

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Rurſus novus alveus) Nam ager ille, qui fuerat, deſit eſſe, amiſſa propria forma; &, cum prædiis, non perſonis, hæc acquiſitio tribuatur, non poteſt is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo ſibi vindicare, *d. l.*7. §. *quod ſi toto* 5. *eod.* Atque hoc quidem uſque efficit ſtricta juris gentium ratio: ſed vix eſt, ut id obtineat, inquit Cajus
d. loco. Et utique non ſemper obtinere debet. Sæpe enim 4
æqui & boni ratio ſuadet, ut priori potius domino alveus reſtituatur, quam adjudicetur vicinis poſſeſſoribus. Scholiaſtes Theoph. *κατα ακριβειαν απολλει τον τοπον, κατα δε φιλανθρωπον λογισμον ὁ δεσποτης αναλαμβανει.* De quo haud facile quid certi definiri poteſt, ſed ex circumſtantiis judicandum eſt. Finge flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupaſſe (ſive paulatim ſive non paulatim, nihil intereſt) ita ut novum hic ſibi alveum quæſiſſe videatur: deinde nec ita multo poſt tempore in veterum locum ſubito atque eodem impetu, quo perruperat, ſe recepiſſe; æquiſſimum eſt, agrum receſſu fluminis reſtitutum ad priſtinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abſtulerit, *d. l.*7. §. *quod ſi* 5. *in fin. d. l. ergo* 30. §.3. *hoc tit. l. ſi ager* 23. *quib. mod. uſufr. am.* quia hujuſmodi occupatio non longe abeſt ab inundatione. At ſi flumen non eodem impetu, quo venit, diſcedat; ſed lente & minutatim recedendo alluvione in priſtinum locum redeat, ſpatium illud alvei, quod ſiccum poſt ſe ſenſim relinquit, non videtur priori domino reſtituendum, ſed alluvione accreſcere proximorum prædiorum poſſeſſoribus, *l. Attius* 38. *hoc tit. fac. l.* 1. *C. de alluv.* Atque ob hanc cauſam arbitror Pomponium in *d. l. ergo* 30. §. 3. *& d. l. ſi ager* 23. conſulto expreſſiſſe hæc verba, *eodem impetu*. Bart. *tract. de alveo.* Bald. *in rubr. de rer. div. col.* 9. Peregrin. VIII. *de jur. fiſc. num.* 59. D. Tuld. *hic cap.*25.

TEXTUS.

De inundatione.

24. *Alia ſane cauſa eſt, ſi cujus totus ager inundatus fuerit, neque enim inundatio fundi ſpeciem commutat, & ob id ſi receſſerit aqua, palam eſt eum fundum ejus manere, cujus & fuit.*

COMMENTARIUS.

1. *Inundatio quid proprie ſit, & quæ ejus vis.*
2. *Quid circa inundationes apud nos receptum.*

1 INundatio proprie eſt, cum flumen imbribus, vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita ſe effundit, ut nec ripas, nec alveum ſuum mutet, *l.1. §.ripa 5. de flum.* Hoc cum fit, ait Juſtinianus poſt Cajum, *l.7. §. aliud ſane. 6. hoc tit.* fundi proprietatem non amitti: & ideo recedente aqua fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis poſſeſſoribus, ſed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi ſpeciem non commutat; quaſi dicat, non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione; quippe alveum fieri diuturno lapſu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies amplius non appareat: inundatione autem uno ſubitaneo impetu prædia invadi, atque aqua cooperiri duntaxat, non comminui, diſſolvi aut excavari, ut formam amiſiſſe dici poſſint, *d. l. 1. §. aliter 9. de flum.* Atque ut maxime ſumma pars agri in arenam diſſolvatur, manet tamen ſolida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, ſubſtantiam non mutat, non magis, quam pars agri, quæ a lacu hauritur, cujus jus non mutari certum eſt. Igitur ad inundationes præſertim temporales & anniverſarias non pertinet, quod vulgo dici ſolet, *Occupatum ſequitur conditionem occupantis*. Gloſſ.*l. pen. de rer.diviſ.* Non obſtat *l. ſi ager 23. quib.mod. uſ. am.* quia non loquitur de ſimplici inundatione, cum flumen retento alveo extra ripas ſe effundit, ſed cum deſerto alveo toto impetu in agrum alicujus perrumpit, quaſi novum alveum quærens: hoc caſu placet proprietatem agri ita amitti, ut reſtituatur, ſi non facto novo alveo flumen ſe receperit, uti in *fin. ſup.* §. demonſtratum eſt. Obiter addo, quamvis inundatio cauſam dominii non mutet, poſſeſſionem tamen nobis auferre, *l. 3. §. Labeo 17. l. qui univerſas 30. §.3. de acq. poſſ.* itemque ea jura, quæ in facto perſonæ poſita ſunt, ut uſum & uſumfructum. *l. uſusfructus 24. quib. mod. uſ. amit.* ſed recedente aqua hæc omnia nobis reſtitui. *d. l. 24. l. 1. §.ſi quis 9. de itin. act. priv.*

2 De inundationibus, quæ crebræ apud nos ſunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus habeatur is ager, qui per decem continuos annos merſus fuerit, ſi non aliqua extent ſigna continuatæ poſſeſſionis: quo in genere receptum apud nos non immerito eſt, quod Romani rejiciunt, *d. l.23. quib. mod. uſ. am.* ut ſi aliter nequeat, vel piſcando retineri poſſeſſio cenſeatur? Sed ſolebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum poſſeſſores ſiccare agros, & novo aggere munire deberent: quibus ceſſantibus monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui juriſdictionem aut imperium: qui ſi omnes in mora eſſent, tum eorum jus omne ad Principem deferebatur; atque is aut ipſe agros ſiccabat, ſuique patrimonii faciebat, aut aliis ſiccandos muniendoſque dabat retenta parte. D. Grot. *lt. manud. c.9. & 11. de jur. bell. 8. n.10. conſult. JC. Bat. part. 2. conſil. 26.*

TEXTUS.

De ſpecificatione.

25. *Quum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione dominus ſit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, ſi quis ex alienis uvis, aut olivis, aut ſpicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro, vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulſum miſcuerit, vel ex medicamentis alienis emplaſtrum aut collyrium compoſuerit: vel ex aliena lana veſtimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel ſubſellia fabricaverit: Et poſt multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media ſententia, exiſtimantium, ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum poteſt ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel ſpicas reverti non poteſt: ac ne mulſum quidem ad vinum & mel reſolvi poteſt. Quod ſi partim ex ſua materia, partim ex aliena ſpeciem aliquam fecerit quis; veluti ex ſuo vino & alieno melle mulſum miſcuerit; aut ex ſuis & alienis medicamentis emplaſtrum aut collyrium; aut ex ſua lana & aliena veſtimentum fecerit; dubitandum non eſt, hoc caſu eum eſſe dominum, qui fecerit: quum non ſolum operam ſuam dederit, ſed & partem ejuſdem materiæ præſtiterit.*

NOTÆ.

Media ſententia) Caji *d. l. 7. §. 7. h. t.* Calliſtrati, *l. 12. §. 1.* Pauli, *l. 24. & 26. eod.* Ulpian. *l. 5. §. 1. D. de rei vind.* ſic & alias auctores noſtri medium ſequuntur, *l. 3. ſi pars hær. l. 25. D. de pign. act. §. ult. inſ. de vulg. ſubſt.* imitatione Stoicorum, qui ob id Servio ercíſcundi μέσην ὁδὸν τεμνόντες. Vinn. Vide hic omnino Merill. Obſ.

Obſ. lib. 1. *cap.* 6. ex quo poſteriorem hanc obſervationem petiit noſter. Hein.

Ad priorem materiam reduci) Quia tum materia non interit, ſed potenter manet, *l.*24.*h.t.l.*78.§.4. *de legat.*3.

Si non poſſit reduci) Quia hic materia conſumitur atque extinguitur: & locum habet illud, *Dum incipit, quod non erat, deſinit eſſe, quod fuerat. l.* 9. §. 3. *D. ad exhib. l.* 26. *l.* 27. §. 1. *h. t.* Interim & domino materiæ conſultum actione in factum, qua conſequatur æſtimationem, *l.*23. §.5. *de rei vind.*

Vinum vel oleum) Vinum & oleum ſunt novæ ſpecies, quæ proprio nomine cenſentur, nec ad id, quod eſſe deſierunt, reduci poſſunt.

Commentarius.

1. *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*
2. *Speciem novam non acquiri facienti, niſi eam fecerit ſuo nomine & bona fide.*
3. *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diverſum ſenſerint.*
4. *Media ſententia auctorum diſtinctionem optima ratione niti.*
5. *Vinum & oleum non ita ſe habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad ſpicas.*
6. *Etiam in ſpecie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inſpiciendum, utrum ea ad priorem materiam reduci poſſit, nec ne.*

EXponitur hic alius modus acquirendi jure gentium dominii, ſpeciei novæ ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgo uno nomine ſpecificatio dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad acceſſionem referunt: ſed perperam. Non enim nova illa ſpecies vi & poteſtate rei noſtræ nobis acquiritur, cum ex aliena materia fiat; non ignorantibus nobis aut invitis; ſed noſtro ipſorum facto, qui rem alienam in aliam ſpeciem transformavimus: adeoque inconcinnum eſt dicere materiam accedere formæ; quoniam hæc illam, non illa hanc præſupponit. Quapropter hic modus potius occupationis quædam ſpecies videri debet; cum id, quod factum eſt, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tanquam occupanti, qui ſuo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet ſententia Nervæ & Proculi, *l.*7.§.*cum quis.*7.*in pr.hoc tit.l.*3. §.*gener.* 21. *de acq. poſſ.* Nam quatenus Sabini ſententia approbata eſt, aut ad acceſſionem res referri poteſt; aut potius dicendum, nullam tunc fieri novam acquiſitionem, cum D.Ant.Contio.1. *diſp.* 12. Vinn. Omnino ſpecificatio pertinere Romanis videbatur ad acceſſiones, quia forma nova accederet ad materiam: vel contra materia ad formam; ſaltim quærebatur forma an materia habenda ſit pro principali? Proculus id adfirmabat de forma, quæ ut philoſophi ajunt, dat eſſe rei: Sabinus materiæ plus deferebat, ex qua formam educi exiſtimabat. Proculejani itaque Stoicos ſequebantur, uti ex Sen. *Epiſt.* 88. acute probat Meril. *Obſ. Lib.* 1. *cap.* 21. Hein.

Species aliqua facta ſit) Nimirum nova & diverſa a priore, ex qua ut ex materia facta ſit poſterior: nam verbi cauſa, lana aliena purpura tincta non eſt nova ſpecies, *l.ſed ſi.*26.§. *ult. hoc tit.* neque etiam nova ſpecies exiſtit ex duarum ejuſdem generis materiarum confuſione, §. *ſi duorum.* 27. *inf. eod.* Duo autem hic a Juſtiniano omiſſa ſunt, quæ, quo quæſtio propoſita melius intelligatur, addenda duximus: unum eſt, ſi qui ſpeciem fecit, eam fecerit ſuo nomine: alterum, ſi eam fecerit bona fide. Primum diſerte expreſſit Cajus *d.l.*7.§. *cum quis* 7. & rationem manifeſtam hanc habet, quod poſſeſſio non acquiratur niſi volentibus, eorum autem, quæ facto & opera noſtra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri poſſit, cujus acquiſitio non cœperit a naturali poſſeſſione, *l.* 1. §. 1. *de acq. poſſ.* Proinde ſi alieno nomine ſpecies facta proponatur, ſi ejus non erit, qui materiæ dominus fuerit, ejus erit, cujus nomine facta eſt, *l. niſi.* 25. *l. quid.* 27.§. 1. *hoc tit.* De bona fide, quod item hic omiſſum dixi, nihil quidem diſerte Cajus: ſed id ex eo non obſcure colligitur, quod addit hæc verba *ſuo nomine.* Nam qui ſcit materiam alienam eſſe, in eadem cauſa haberi debet, ac ſi nomine domini materiæ ſpeciem feciſſet, *l. de eo.*12.§. 3. *ad exhib.* cui etiam operam ſuam donaſſe intelligendus eſt, exemplo ejus, qui ſciens in alieno ſolo ædificavit, §. *ex diverſo.*30.*inf.eod.fac.l.*4.§.*ſi ex lana,*20.*de uſuc.l.* 14. §. *ult. de cond. furt.* Atque hæc eſt communis quoque DD. ſententia; a qua cur D.Weſemb. & Bachovius receſſerint, cauſam non video.

Mulſum) Οινομελι ſive *μελικρατον* fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genere potionis uſum ſe Pollio olim jactitabat annum centeſimum exceſſiſſe. Nam cum a D. Auguſto hoſpite interrogaretur, quanam maximè ratione vigorem illum animi corporiſque cuſtodiſſet, reſpondiſſe fertur, *Intus mulſo, foris oleo.* Plin. *lib.* XXII. *Nat. hiſt. cap.* 24.

Emplaſtrum) Medicamentum eſt in maſſam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur: ab *εμπλαττω*, ſubigo, verſando mollio, in maſſam formo. vid. Corn. Celſum *lib.* V. *c.* 17. vulgo nunc unguentum vocant.

Collyrium) Genus medicamenti, potiſſimum oculorum, *παρα το κωλυειν το ῥεειν*, quod fluxum impediat & ſiſtat. *Apocalypſ. c.* III. *verſ.* 18. *κολλυρια εγχρισον τους οφθαλμους, ινα βλεπης. Collyria illine oculis.* Horat. 1. *ſerm. ſatyr.* 5.

> *Hic oculis ego nigra meis collyria lippus*
> *Illinere.*

Sabinianorum & Proculianorum) Fuere etiam olim diverſæ & diſſidentes Juriſconſultorum familiæ, auctores Attejus Capito & Antiſtius Labeo; qui primi cum velut diverſas ſectas feciſſent, ille in iis, quæ a majoribus acceperat, perſeverando, hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, diſſenſionem ſucceſſores eorum auxerunt, dum ſui quiſque magiſtri ſententiæ tanquam oraculo religioſe adhæret. Capitoni ſucceſſit Maſſurius Sabinus, Sabino Caſſius: Labeoni ſucceſſit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellati poſtea Sabiniani vel Caſſiani, & Proculiani, *l.*2.§.*poſt hunc.*47.*de orig. jur.* Vinn. Adde: Proculi ſucceſſor Pegaſus, vir conſularis, unde *Pegaſiani.* Opponuntur itaque *Proculeiani & Sabiniani:* Pegaſiani & Caſſiani. Conf. Gothofred. *Manual. jur.cap.*VI. *p.* 27. qui tamen Sabinianos non a Maſſurio Sabino, ſed a Cœlio Sabino, qui ſub Veſpaſianis vixit, nomen acce-

cepiſſe ſtatuit, adeoqúe ſibi invicem opponit *Caſſianos* & *Proculeianos*; *Sabinianos* & *Pegaſianos*. HEIN.

Ambiguitatem) Quædam, ut recte hic notat Baro, leviter tracta ſunt a natura, quorum ratio non cuivis perſpicua eſt. Nerva & Proculus exiſtimabant, ſpeciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus eſſe, qui eam ſuo nomine feciſſet; nam materiæ, quæ extincta ſit, nullam porro rationem haberi poſſe, ſed cauſæ efficientis duntaxat, & potiſſimum formæ, cujus ſuſceptione materia in aliam ſpeciem transiſſet: quæ ſpecies cum antea nullius eſſet, ac ne eſſet quidem, rationem naturalem efficere, ut concedenda ſit ei, qui ut ea in rerum natura ſit, fecit, eamque occupavit, *d. l.* 7. §. *cum quis.* 7. *hoc tit. l.* 3. §. *genera.* 21. *de acq. poſſ.* Diverſæ autem ſcholæ auctores Sabinus & Caſſius contra naturali rationi convenientius eſſe putabant, ut qui materiæ dominus fuiſſet, idem ejus quoque, quod ex ea materia factum eſſet, dominus fieret: quippe ſine materia ſpeciem nullam effici poſſe: noſtrum autem eſſe id, quod ex re noſtra factum eſt. Poſtremo nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quam ut id, quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferatur, *d. l.* 7. §. *cum quis* 7. junct. *l.* 12. §. 3. *ad exhib. l. id quod noſtrum* 11. *de reg. jur.*

Media ſententia) Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini ſententiam veriorem eſſe putabant, ſi ſpecies facta ad priorem materiam reduci poſſet:
4 ſi non poſſet, Proculi, *d. l.* 7. §. *cum quis.* 7. Et perquam elegans eſt hujus diſtinctionis ratio, quam & iidem mediæ ſententiæ auctores afferunt: nempe cum manente materia forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum eſt, in ſua initia ſive ad rudem materiam reduci poteſt, rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primum exiſtere, ac propterea fieri occupantis: ſed neceſſe eſſe, ut ſequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus.* 24. *hoc tit. l. quæſitum.* 78. §. *illud fortaſſe* 4. *de legat.* 3. At ubi materia conſumitur atque extinguitur, quod noſtri ſemper fieri intelligunt, cum ſpecies facta ad priſtinam materiam reverti non poteſt, nullam materiæ, quæ eſſe deſiit, aut prioris domini, cujus in hac ſpecie nihil eſt, *l. quicquid* 27. §. 1. *hoc tit.* cum Sabino rationem haberi poſſe; ſed novæ duntaxat ſpeciei, ejuſque, cujus facto ea in rerum natura eſſe cœpit. *d. l.* 3. §. *genera.* 21. *de acq. poſſ.* Scio equidem, D. Connanum *lib.* III. *comm.* 6. auctores hujus ſententiæ reprehendere, atque hoc ſolum hic ſpectari velle, pluſne pretii ſit in opere, ac in materia, Dominum quoque Grotium cenſere, ſpeciem communicandam, ſicut confuſis materiis communio inducitur pro rata ejus quod quiſque habuit, *lib.* II. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 19. Ego tamen a veterum illa diſtinctione non recedo, magiſque naturale eſſe arbitror, ut in quæſtione propoſita inſpiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta ſit, necne; quam ut vel ex pretio rei operiſve de jure dominii ſtatuatur, aut citra neceſſitatem inducatur diſcordioſa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teſte eodem Grotio *lib.* II. *manuduct. cap.* 8. VINN. Aſt non ubique utimur. Quin quum materia plerumque ſit res fungibilis, in quam non cadit pretium affectionis: vix poteſt ratio excogitari, cur dominus materiæ dominii quæſtionem movere velit ſpecificanti, & non potius agere ad id, quod intereſt, niſi ponas, materiam eſſe admodum raram. Vid. Thomaſ. *de pret. affect. in res fungibiles non cadente cap.* III. §. 41. *ſequ.* HEIN.

Frumentum ad ſpicas reverti non poteſt) Inter exempla ſpecierum, quæ ad id, quod prius fuerant, reverti non poſſunt, frumentum excuſſum etiam Cajus refert, *d. l.* 7. §. *cum quis* 7. ſed ille, quod hic omiſſum eſt, mox ſubjicit, ſe eorum ſententiam probare, qui frumentum alienis ſpicis excuſſum ejus eſſe non dubitabant, cujus ſpicæ eſſent; propterea quod cum grana, quæ ſpicis continentur, perfectam habeant ſuam ſpeciem, qui excutit ſpicas, non novam ſpeciem faciat, ſed eam, quæ eſt, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum eſt de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, piſis aliiſque id genus frugibus, quæ ſiliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis & oleo ex olivis alienis expreſſo ſtatuit D. Bachovius: quod non probo. Non enim ut frumen- 5
tum ſe habet ad ſpicas, ita ſe habet vinum & oleum ad uvas vel olivas. Spicæ non ſunt materia, ex qua fit frumentum; ſed frumentum excuſſum idem manet, quod ante fuit; unde ſicut eandem ſpeciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis, atque ut in aliud nomen, ita & in aliam ſpeciem uvis & oleis peremptis tranſeunt. Theodoret. 1. *Dial.* 4. και της αμπελυ τον καρπον ςαφυλην ονομαζοντες, ὅταν αποθλιψομεν, υ ςαφυλην, αλλα οινον προσαγορευομεν. Utique dum hæc incipiunt eſſe, quod non erant, deſinunt eſſe quod fuerant: & poterant quoque in alium uſum converti, uvæ ſiccari, olivæ ſervari ad conditutam, &c. Et alioqui dicendum eſſet, nec caſeum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec ſiceram ex pomis alienis expreſſam facientis fieri. Quod ſi in his omnibus Sabini ſententiam probandam exiſtimat Bachovius, cur mediæ ſententiæ auctores ſolum excipiunt frumentum? Paulum temere adducit in *l. de eo.* 12. §. 3. *ad exhib.* quippe qui eo loco diſerte reſpondet de eo, qui ſpeciem fecit, cum ſciret materiam alienam eſſe, aliud nimirum reſponſurus, ſi quis idem bona fide feciſſet, ut facit in *l. ſed ſi meis.* 26. *hoc tit.* Et igitur ratio, quam in d. reſponſo ſubjicit, ad hypotheſin revocanda eſt, ut quæſtioni & reſponſo ſerviat. De navi ex alienis tabulis facta non ſatis convenit, propter obſcurum veteris, ut videtur, diſſenſionis veſtigium, quod extat in *l. Minicius.* 61. *de rei vind.* At enim cum mediæ ſententiæ auctores generaliter definiant ſpeciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non poteſt, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujuſmodi ſpecies, uti revera eſt, numerent, quid cunctamur cum Paulo reſpondere, navem ejus eſſe, qui fecit? *d. l. ſed ſi meis.* 26. *hoc tit.* Putat etiam D. Connan. III. *comm.* 6. partem alteram reſponſi Miniciani reprehendi a Juliano, rationemque reprehenſionis eſſe in poſtremis verbis, *Nam proprietas totius navis carina cauſam ſequitur*, id eſt, eum, ait Connanus, *qui navem carinando formavit*: nam carinam non ſemper infimum navis alveum ſignificare; ſed interdum poni pro ipſo navis corpore, quod totum carinatum eſt, hoc eſt, pro totius navis forma, ut in

in *l. 24. §. ult. de leg. 1. arg. l. proponebatur. 76. de Judic.*

Dubitandum non eſt hoc caſu &c.) A comparatione majorum: in ſcholis dicerent; a minori probabilitate ad probabilitatem majorem: quaſi dicat; ſi ſpecies, quam fecimus ex materia, quæ tota aliena eſt, noſtra fit; multo magis noſtra fieri debet, 6 ſi facta ſit pro parte etiam ex materia noſtra. Eſt tamen & hic adhibenda ſuperior cautio, ſi ea res ad priorem materiam reverti non poteſt: quippe generalis definitio eſt, ea quæ in ſua initia redigi poſſunt, vires materiæ nunquam effugere, *l. in omnibus. 24. hoc tit. l. quæſitum. 78. §. 4. de leg. 3.* Atque hanc quoque eſſe mentem Juſtiniani, exempla propoſita declarant. Cujus igitur erit hujuſmodi ſpecies, ſi reduci poſſit? Nimirum ſuum quiſque retinebit, & pro parte ſua materiam vindicare poterit, *arg. l. 5. §. 1. de rei vind. l. 12. §. 1. l. quicquid. 27. §. ult. hoc tit.* quæ & communis interpretum ſententia eſt, a qua ſine cauſa recedere mihi videntur Bachov. Borcholt. & D. Tulden. *hic. c. 41.* Hoc autem jure conſtituto, ne aut dominus materiæ, aut is qui materiam mutavit, queri poſſint; ille ubi materia extincta eſt, eam alieno ſibi facto periiſſe: hic ubi ea manſit, ſe perdere operam bona fide impenſam; uterque contra naturam eſſe, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento; utrique conſultum eſt, illi actione in factum, qua conſequatur æſtimationem materiæ ſuæ; huic exceptione doli mali, qua oppoſita ei, qui ſpeciem ſuam vindicabit, ſervet impenſas a ſe factas, *arg. l. in rem. 23. §. ſi id quod. 4. & ſeq. de rei vind.*

TEXTUS.

De acceſſione.

26. *Si tamen alienam purpuram veſtimento ſuo quis intexuerit, licet pretioſior ſit purpura, tamen acceſſionis vice cedit veſtimento: & qui dominus fuit purpuræ, adverſus eum, qui ſurripuit, habet furti actionem & condictionem, ſive ipſe ſit, qui veſtimentum fecit, ſive alius. Nam extinctæ res licet vindicari non poſſint, condici tamen a furibus & quibuſque aliis poſſeſſoribus poſſunt.*

NOTÆ.

26. *Si alienam purpuram*) Similis locus eſt apud Paul. *l. 26. §. 1. h. t.* Ulp. *l. 7. §. 2. D. ad exhib.*

COMMENTARIUS.

1. *Acceſſionis quæ facto hominis contingit, quot ſint genera, & quo propoſita pertineat.*
2. *Explicatur definitionibus aliquot, quid, cui & quando acceſſionis vice cedat.*
3. *Quibus rebus differat hoc genus acquiſitionis a ſpecificatione.*
4. *Quomodo domino purpuræ, & generaliter partis, quæ ceſſit, conſulatur.*
5. *Vulgata hujus §. lectio defenſa adverſus D. Ant. Contium.*

Locum hunc video a pleriſque in tranſitu duntaxat tractatum eſſe: dignus tamen eſt, qui propius conſideretur & otioſe. Et quia ad acceſſiones pertinet, repetenda animo eſt memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus noſtris accedere beneficio fluminum velut a natura, quædam facto & opera humana. De iis, quæ a fluminibus accedunt, copioſe jam tum diſputavimus. Acceſſionis, 1 quæ ab hominibus eſt, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoſcatur, duo genera nunc facimus, confuſionem, & conjunctionem. Confuſio eſt, cum duæ materiæ liquidæ inter ſe & in unum corpus permiſcentur, veluti cum vinum cum vino miſcetur, argentum cum argento conflatur: de quo §. *ſeq.* Conjunctio eſt, cum res ita junguntur, ut cohæreant, diſcreta manente earum ſubſtantia: ſive ita res alienæ rebus noſtris junctæ cohæreant, ut iis quaſi baſibus innitantur, veluti quæ in ſolo noſtro ædificantur, plantantur, ſeruntur, in chartis noſtris aut tabulis ſcribuntur aut pinguntur; de quibus omnibus item poſtea: ſive ita, ut ſint tanquam additamenta aut ornamenta rei noſtræ; ut ſi pes aut manus jungatur ſtatuæ, anſa ſcypho, gemma includatur auro, emblemata phialis injungantur, *l. in rem. 23. §. 2. & §. 5. de rei vind. l. ſed ſi. 26. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 2. ad exhib. l. cum aurum. 19. §. perveniamus. 13. de aur. arg. leg.* eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura veſtimento intexta, *d. l. 7. §. 2. ad exhib.*

Si tamen) Quo conjunctio illa ſegregativa reſpiciat, non video, niſi eo referas, quod cum in calce præcedentis §. dixiſſet, veſtimentum quod quis partim ex ſua, partim ex aliena materia fecit, facientis eſſe, hoc loco aliquid addere Juſtinianus voluerit de veſtimento, quod quis fecit ex ſua quidem materia, eaque ſola; ſed cui ornando alieni aliquid adjunctum, attextum aut intertextum eſt, licet id ad ſuperiores rationes non pertineat. Neque enim purpura (quo exemplo hic Imp. utitur) veſtimento intexta pars eſt materiæ, ex qua veſtimentum factum proponitur: ſed aliquid, quod veſtimento jam facto aut præparato ornatus cauſa additur atque accedit. Purpuram autem hic accipiemus aut clavum purpuræ, aut prætextum, id eſt, ſegmentum, fimbriam, laciniam, limbum.

Licet pretioſior ſit) Cum enim quærimus quid, cui cedat, non pretium ſpectamus, ſed quid cujus rei ornandæ cauſa adhibeatur: ut acceſſio cedat principali. *l. cum aurum. 19. §. perveniamus. 13. de aur. arg. leg.* In 2 univerſum autem ſic de hac quæſtione habeto. Quando duæ res, quarum unaquæque per ſe ſubſiſtere poteſt, ita junctæ ſunt, ut cohæreant & unum corpus efficiant propriæ ſpeciei ejuſdemque nominis, ſemper pars inferior cedit præſtantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus eſſe intelligatur, cujus & præſtantior pars eſt. Si diverſa rerum junctarum magnitudo eſt, ex magnitudine unius partis præſtantia æſtimatur, ut ſi ſtatuæ pes aut manus, ſcypho fundus aut anſa, lecto fulcrum jungatur, *l. ſed ſi. 26. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem. 23. §. 2. 4. & 5. de rei vind.* adeoque etſi pars minor pretioſior ſit, ei tamen cedit, cujus major eſt ſpecies, ut gemmæ & margaritæ incluſæ auro, *d. l. 19. §. 13. de aur. arg. leg.* purpura veſtimento intexta, ut hic & *d. l. 7. §. 2. ad exhib.* Si eadem magni-

magnitudo eſt, ex pretio: ſi pretium quoque idem; placet neutrum alteri cedere, ſed ſuam cujuſque rem manere, *l. quicquid.* 27. §. 2. *hoc tit.*

Acceſſionis vice) Ut pars minor & inferior majori & præſtantiori, ſicut jam dictum eſt. Etenim jure ſpeciei totum hoc corpus ſuum eſſe dicere non poteſt dominus majoris partis ſive veſtimenti, cum is neutram partem nunc primum fecerit, ſed factas univerit duntaxat. Ex quo appatet, errare D. Gœd. *in l.* 14. *de verb. ſign.* qui putat, hæc etiam jure ſpecificationis acquiri, & ſi, quod Gœddeo placet, nova hic ſpecies facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti: quoniam partes junctæ ſeparari, & ad id, quod prius fuerant, reverti poſſunt.

3 *Adverſus eum, qui ſurripuit*) In hoc quoque ab acquiſitione ſpeciei factæ differt hæc acquiſitio, quod ſpecies facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam ſuo nomine & bona fide fecit; jure acceſſionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquiſitione ratio habetur perſonæ facientis aut jungentis, ſed rerum junctarum duntaxat: quod notandum eſt contra Weſembecium & Bachov. qui utriuſque acquiſitionis eandem eſſe rationem arbitrantur.

Sive ipſe ſit, qui veſtimentum fecit, ſive alius) Geminus a Juſtiniano caſus proponitur; unus eſt, quo is, qui purpuram ſurripuit, ipſe veſtimentum fecit: alter, quo alius fecit, ad quem purpura ſurrepta poſtea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adverſus eum, qui ſurripuit, habere actionem furti & condictionem: ubi condictionem procul dubio intelligit furtivam, ut recte Gloſſa notat: nam quod hæc condictio ſoli dicitur domino dari, *l.*1. *de cond. furt. l.*14. §. *qualis.*16. *de furt.* §. *ult. inf. de obl. quæ ex del.* hoc non eo pertinet, ut is, cui ſemel quæſita eſt, eam re perempta ſine facto ſuo amittat: ſed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ ſunt, quibus etſi furti actio, condictio tamen non competit, *d. l.* 14. §. 16. Ut autem in univerſum intelligas, quomodo domino purpuræ, & generaliter partis, quæ ceſſit, conſulatur, ſic mecum diſtin-
4 guito. Aut alienam purpuram veſtimento ſuo quis intexuit; aut ſuam veſtimento alieno. Item aut bona fide id fecit; aut mala. Si alienam & bona fide, eſt adverſus eum actio ad exhibendum, ut purpura ſeparetur, & tunc vindicetur, *l.* 7. §. 2. *ad exhib. l. in rem.* 23. §. 5. *de rei vind.* Videndum tamen, an non audiri debeat bonæ fidei poſſeſſor pretium purpuræ offerens; maxime ſi ea ſine manifeſto ejus damno ſeparari non poſſit. Illud quæſitum eſt, an etiam bonæ fidei poſſeſſori purpura condici poſſit. Et puto poſſe, cum Barone & Weſembecio, arg. ejus, quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas a quibuſvis poſſeſſoribus condici poſſe; & §. *nunc admonendi.*2. *inf. quib. al. lic.* & nimirum condictione ſine cauſa: nam etſi jure gentium propter acceſſionem dominus purpuræ factus ſit; nulla tamen cauſa eſt, cur pretium lucretur & cum aliena jactura locupletior fiat. Si mala fide intexuit, datur adverſus eum actio furti & condictio furtiva, *hoc text.* datur & ad exhibendum actio & vindicatio, tanquam adverſus eum, qui dolo malo poſſidere deſiit, *arg. l.* 1. *in fin. l.* 2. *de tign. junct. l. ſin autem.*27. §. 3. *l. qui petitorio.*36. *in pr. de rei vind. l. qui dolo.*131. *de reg. jur.* Si quis autem ſuam purpuram intexuit veſtimento alieno, ſiquidem bona fide, poteſt & poſſidens veſtimentum retinere, donec de purpura & ſumptibus ei ſatisfiat, & amiſſa poſſeſſione ad exhibendum agere, ut purpura ſeparetur & vindicetur, *d. l.* 23. §. 4. & *ſeq. de rei vind.* Si mala fide, videndum num dici poſſit voluntate ſua proprietatem rei amiſiſſe, *arg.* §. *ex diverſo* 30. *inf. hoc tit.* Quæ de purpura diximus, eadem fere & in ceteris, quæ rebus noſtris explendis aut ornandis ſimiliter junguntur, locum habent, *l.*6. *l.*7. §.2. *ad exhib.* exceptis, quæ juncta ſunt ferruminatione, quæ nec ſeparata quidem vindicari poſſunt: ideoque eo caſu in factum actio domino partis, quæ ceſſit, neceſſaria, *d. l.* 23. §. *item quæcunque* 5. *de rei vind.* VINN. Subtiliter diſtinguit Paullus in *d. l.* 23. inter adferruminationem & adplumbaturam. Sed hanc diſtinctionem admiſiſſe haud videtur Ulpianus *l.*7. §. 2. *ff. ad exhib.* Quin Pomponius in *l.* 27. *pr. ff. de adquir. rer. dom.* nec in adplumbatura, nec in adferruminatione concedere videtur vindicationem materiæ. Sic diverſa principia ſequuti videntur veteres, pro ſua quiſque ſecta, cui hærebat. Quodnam momentum hujus quæſtionis ſit in praxi, diximus jam ad §. antecedentem verb. *media ſententia*.

Nam extincta res) Licet purpura attexta veſtimento integra maneat, pro extincta tamen, quia veſtimento cedit, habetur; ſicut gemma incluſa auro, aliaque, quæ res noſtræ ad ſe per prævalentiam trahunt, ſalva eorum ſubſtantia. *d. l.* 6. *ad exhib. d. l.* 23. §. 2. & 5. *de rei vind.* Unde Theophilus, Δοκεῖ, inquit, ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ᾽ ἑαυτὴν, ἀλλ᾽ ἑτέρᾳ ἐσθῆτι συνενωθῆναι.

Licet vindicari non poſſint) Directo; amiſſa videlicet earum proprietate: & nimirum quamdiu cohærent: nam quod de gemma incluſa annulo alieno reſponſum eſt, eam vindicari non poſſe, ſed poſſe agi ad exhibendum, ut excludatur, & excluſa vindicetur, *l.*6. *ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ ſimiliter rebus noſtris juncta acceſſionis loco cedunt, *d. l.* 23. §. 5. *de rei vind.* Tentari etiam poteſt, quod modo diximus, adverſus eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem eſſe, non tanquam adverſus eum, qui poſſideat, ſed qui dolo malo poſſidere deſierit.

Et quibuſque aliis poſſeſſoribus) A furibus etiam condictione furtiva: ab aliis condictione ſine cauſa, aut generali illa triticiaria, *l.* 1. *de cond. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum eſt, pretium mihi reſtitui ejus rei, quæ hoc jure ad alium ſine facto meo pervenit, & eſt *arg. in l.*11. §. *ult. l. ſi & me & Titium* 32. *de reb. cred.* Ant. Contius ex manuſcriptis reſtituit; 5
Et quibuſdam aliis poſſeſſoribus, ut ſit ſenſus: non tantum furibus res conſumptas condici poſſe: ſed aliis etiam poſſeſſoribus, qui furibus ſunt ſimiles: nimirum iis etiam, qui rem mala fide poſſidebant, cum eam conſumerent. At hi revera etiam fures ſunt, §. *furtiva* 2. *inf. de uſuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili eſt, nihil mutandum cenſeo, quamvis Contium ſequatur Pacius in *analyſi ſua*, putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem conſumpſerunt, non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui ſcribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non ſunt, quod eſt ἄδοξον, & miror a Fabrot. non animadverſum.

Textus.

De confuſione.

27. *Si duorum materia voluntate dominorum confuſa ſunt, totum id corpus, quod ex confuſione fit, utriuſque commune eſt: veluti ſi qui vina ſua confuderint, aut maſſas argenti vel auri conflaverint. Sed & ſi diverſa materia ſint, & ob id propria ſpecies facta ſit, forte ex vino & melle mulſum, aut ex auro & argento electrum, idem juris eſt. Nam & hoc caſu communem eſſe ſpeciem, non dubitatur. Quod ſi fortuito, & non voluntate dominorum, confuſa fuerint, vel ejuſdem generis materia, vel diverſa, idem juris eſſe placuit.*

Commentarius.

1. *Inter confundere & miſcere quæ ſit differentia, cum ſignate loquimur?*
2. *De effectu confuſionis, & quarum rerum quomodo facta confuſio communionem pariat?*
3. *Confuſionem factam voluntate dominorum, proprie huc non pertinere.*
4. *In confuſione fortuita materias confuſas communicari, ſive ejuſdem generis ſint, ſive diverſa, extra quam ſi deduci poſſint, & n. 6.*
5. *Quid juris, ſi unus e dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis?*

Duobus modis hominum facto per acceſſionem rei alienæ ad res noſtras nobis acquiritur, conjunctione & confuſione. Conjunctionis ſpecies eſt purpura veſtimento attexta, ut diximus §. *præc.* De confuſione diſputatur hoc loco: quæ quid ſit primo videndum; deinde quam vim ad acquirendum & unde habeat. Verba hæc confundere & miſcere aut commiſcere vi ſua generalia ſunt, deque omnibus ἐκ παραλλήλου dicuntur, quæ quovis modo permiſcentur: ut videre eſt etiam apud noſtros, *l. 7. §. voluntas 8. hoc tit. l. 3. §. ult. l.*
1 *5. pr. de rei vind.* Cæterum cum ſignate & diſtincte loqui volumus, confuſionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miſcentur, commixtionem μίξιν ξηρῶν, cum ſicca & ſolida, quæ & diſcreta maneant: quam nominum diſtinctionem peperit diverſi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur proprie res dicuntur, quæ ita permiſcentur, ut una ingrediatur alteram, & viciſſim alterius partem in ſe recipiat; veluti cum vinum cum vino miſcetur, au-
2 rum cum auro conflatur. Effectus confuſionis hic eſt, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & poteſtate rei cujuſque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram: unde exiſtit totius corporis, quod ex confuſione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confuſio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce. Omnis confuſio fit aut voluntate dominorum, aut citra eam: & citra eam aut caſu (quæ tamen & ipſa non ſine facto hominum contingit, eorum ſc. qui res in propinquo poſuerunt) aut voluntate unius tantum; ſive etiam tertii alicujus, puta Titii. Res, quæ confunduntur, aut ſunt unius generis, aut diverſorum. Item aut tales ſunt, quæ confuſæ ſeparari non poſſunt, aut quæ poſſunt ſeparari. Nunc ſic habe. Voluntate dominorum facta confuſio ſine ulla rerum diſtinctione communionem facit. Caſu facta non aliter, quam ſi res deduci non poſſint. Facta unius voluntate tantum, aut a Titio, ſi materiæ unius generis confuſæ ſint; quoniam nec diduci poſſunt, nec novam ſpeciem conſtituunt. Jam videamus, quid Imperator dicat, & ſingula conſideremus accuratius.

Voluntate dominorum) Hæc ſpecies proprie huc non 3
pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confuſio: ſed mutua dominorum voluntas res ſuas confundendo tacite communicantium: argumento eſt, quod etſi duo frumenta ſua miſcuiſſent, idem tamen juris, licet in diſſimili genere mixtionis foret, §. *ſeq.*

Utriuſque commune eſt) Pro rata ſc. ejus materiæ, quæ cujuſque ante confuſionem fuit, *l. 3. §. ult. de rei vind.* Res autem communis proprie dicitur, quæ duorum aut plurium eſt, non quaſi tota ſingulorum; (neque enim duorum in ſolidum res una eſſe poteſt, *l. 5. §. ult. commod.*) ſed ſingulorum pro partibus: iiſque indiviſis, *l. 5. de ſtip. ſerv. l. 5. §. ult. de reb. eor. qui ſub tut.* Itaque quæ partes ante confuſionem ſingulorum erant ſeparatim, poſt confuſionem, ſingulorum eſſe incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quam corpore partes habeant, *d. l. 5. de ſtirp. ſerv.* nec poſſit amplius unus, quod ſuum fuit ante confuſionem, ſeparatim vindicare; ſed partem duntaxat pro indiviſo, puta dimidiam aut tertiam; ſive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei diviſæ, dimidia aut tertia, pro rata ponderis, quod contulit, reſtituatur: in quo & pretii rationem judex habebit, ſi unius pars pretioſior fuit, *d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. de rei vind.* Et ſi forte res dividi commode non poſſit, uni totam adjudicabit, eumque viciſſim alteri condemnabit in certam ſummam pecuniæ, *§. eadem 5. inf. de Off. jud.*

Sed etſi diverſa materia ſint &c.) Nihil refert ejuſdem generis materiæ voluntate dominorum confuſæ ſint, an diverſi. Nam & nova ſpecies, quæ naturaliter ex confuſione diverſarum materiarum exiſtit, veluti ex vino & melle confuſo mulſum, ex maſſis auri & argenti conflatis electrum, eorum communis fit neceſſe eſt, quorum conſenſu & voluntate materiæ confuſæ ſunt, & vice mutua, quod inde exiſtit, communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil interſit materiæ ſeparari, & ſpecies facta in ſua initia reduci poſſit, an non poſſit: quæ differentia ſpectatur, cum jure ſpecificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum) Plinio eſt aurum, cujus quinta portio argentum eſt. Secundas poſt aurum ei tribuit Homerus IV. *Odyſſ.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum a ſplendore primum auri, deinde electri: *verſ. 73.*

Χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε, καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος.

Vid. Plin. *lib.* XXXIII. *nat. hiſt. c.* 4. Strabon. *lib.* III.

Quod ſi fortuito) Hæc confuſionis ſpecies propria eſt 4
hu-

hujus loci. Ait, in fortuita confuſione idem juris eſſe quod foret, ſi materiæ dominorum voluntate confuſæ eſſent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis caſu confuſis exiſtit, commune eſſe eorum, quorum materiæ confuſæ ſunt, nec referre ejuſdem generis materiæ ſint, an diverſæ, & ob id propria ſpecies facta ſit: nam quod caſu factum eſt, neminem ſibi vindicare poſſe jure ſpecificationis. Hoc item & Cajus *d. l. 7. §. ſed etſi 9. hoc tit.* Obſervandum autem eſt, & hic & apud Cajum exempla proponi earum duntaxat rerum, quæ confuſæ diduci & ſeparari non poſſunt: quippe quas communes facit ipſa neceſſitas & vis naturæ ſuperior; nam confuſio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in ſeſe per omnia confuſam & indiſcretam habeat: unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius ſibi habeat adjunctam, quam & neceſſario ad ſe trahat atque hinc communio. Quod ſi materiæ, quæ forte confuſæ, ſeparari poſſint, veluti ſi plumbum cum argento mixtum ſit, nulla neceſſitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad ſe trahat: ſed cum ab artificibus ſeparari poſſint, ſeparabuntur: eſtque in eam rem non ut ſuperiore caſu, actio communi dividundo, ſed ad exhibendum & in rem, *l. 5. §. 1. de rei vind. & arg. l. lacus 12. §. 1. hoc tit.* Sed quid ſi non caſu, nec tamen voluntate dominorum confuſio facta ſit, puta a Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante? quæ ſpecies hic omiſſa. Et ſiquidem verbi cauſa Titius vinum Mævii cum ſuo confuderit, aut cum vino Sempronii, aliaſve ejuſdem generis materias miſcuerit, adhuc probandum eſt, corpus, quod ex ea confuſione fit, Titii, & Mævii, aut Mævii & Sempronii, commune eſſe; quia priſtinam ſpeciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non poteſt. Quod ſi diverſi generis ſint, quia hinc novi corporis ſpecies exiſtit, ea tota Titii erit jure ſpecificationis, ſi ad initia ſua reduci non poteſt: ſi poteſt, ſuum cujuſque manebit, *d. l. 5. §. 1. de rei vind. d. l. lacus 12. §. 1. hoc tit.* vid. *ſup. §. cum ex aliena 25. eod.*

Idem juris eſſe placuit) Paraphraſtes vertit negative; ου το αυτο γενησεται. Et ſane non eſt idem juris per omnia: nam ſi materiæ caſu confuſæ ſeparari poſſunt, nulla earum communio eſt, ſicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Cajum *d. l. 7. §. ſed & ſi 9.* unde hæc deſcripta ſunt, nimirum affirmative: & utrumque locum ex aliis cum Accurſio ſic temperandum, ſi tales materiæ fortuito confuſæ ſint, quæ diduci non poſſint: cujus etiam generis exempla, nec alia, a Juſtiniano & Cajo propoſita ſunt. Sed & Harmenopulus *lib. 11. tit. 1.* περι των εξ αλλοτριας υλης γινομενων ειδων affirmative legit, το αυτο γενησεται. VINN. Sed tamen, ſi facta confuſione, ſpecies emerſerit nullius uſus, v. c. ſi vinum & cereviſia confuſa ſint: vix dubitandum, quin in foro confundens ſolus damnum ſentire, alterique non partem novi iſtius liquoris, ſed pretium rei ſuæ reddere teneatur. HEIN.

TEXTUS.

De commixtione.

28. *Quod ſi frumentum Titii frumento tuo miſtum fuerit, ſi quidem voluntate veſtra, commune eſt: quia ſingula corpora, id eſt, ſingula grana, quæ cujuſque propria fuerunt, conſenſu veſtro communicata ſunt. Quod ſi caſu id miſtum fuerit, vel Titius id miſcuerit ſine tua voluntate, non videtur commune eſſe: quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant. Sed nec magis iſtis caſibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur eſſe communis, ſi pecora Titii tuis pecoribus miſta fuerint. Sed ſi ab alterutro veſtrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujuſque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipſe æſtimet, quale cujuſque frumentum fuerit.*

NOTÆ.

Non magis iſtis caſibus) A ſimili, ubi tamen illud diſſimile, quod pecora miſta facilius diſcerni poſſunt, quam grana, & ob id etiam ſingula vindicari, *l. 23. §. 5. verſ. at in his D. de rei vind.*

Quale cujuſque frumentum) Vi igitur ipſa non alia hic ſententia & reſtitutio, quam ſi frumentum vere commune eſſet, *l. 3. §. ult. l. 4. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Commixtionem proprie dictam ad diſputationem propoſitam non pertinere.*
2. *Reſponſum Javoleni in l. 78. de ſolut. cum hoc textu conciliatum.*
3. *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

NIhil eſt in hoc §. quod ad inſtitutam de acceſſione diſputationem pertineat. Agitur de commixtione. Commixtio proprie eſt, cum corpora, quæ miſcentur, diſcreta manent, & ſuam ſingula ſpeciem retinent, velut ſi frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus, inter ſe miſceantur. Hujus, inquam, commixtionis nunquam ea vis eſt, ut per eam poteſtate rei noſtræ aliena nobis acquirantur, ſive difficilis ſit corporum mixtorum ſeparatio, ſive non ſit: cum neutro modo fiat, ut aliquid ſit in meo aut alieno, quod alterum ad ſe naturæ neceſſitate trahat. 1

Conſenſu veſtro communicata) Quando duorum res, voluntate dominorum commiſcentur, communicantur illæ quidem, ſic ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: ceterum hoc non efficit commixtio aut acceſſio: ſed tacita voluntas dominorum mutua traditione ſpecies ſuas communicantium, *hoc text. d. l. 7. §. voluntas 8. eod. l. 5. de rei vind. l. 4. pro ſoc.*

Quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant) Hoc eſt, natura & eſſentia ſua ſeparata & diſcreta manent: ut proinde dici non poſſit, eſſe quicquam in hoc acervo Titii, quod tuum ad ſe trahere debeat, aut in totum, aut pro parte: aut quicquam eſſe tuum, quod debeat ad ſe trahere, quod Titii eſt. At ſine horum alterutro nihil veſtrum commune fieri poteſt in acervo frumenti, caſu aut ſine voluntate unius
2 veſtrum commixti. Objici huic loco ſolet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in ſolutum datos creditoris accipientis fieri, ſi is eos ita miſcuerit ſuis, ut diſcerni non poſſint, *l. ſi alieni 78. de ſolut.* An dicemus idem eſſe in frumento, quod quis ex ſimili cauſa acceptum bona fide cum ſuo miſcuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio ſubjecta, & comparatio frumenti miſti, & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc intereſſe, quod nummi ita commixti, ut diſcerni non poſſint, pro conſumptis habendi ſint: frumentum non ante, quam farina ex eo confecta ſit: quippe rerum, quæ uſu conſumuntur, conſumptionem æſtimari ex conſumptione ipſorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi conſumi plerumque ſalvis nummorum corporibus, *§. conſtituitur 2. inſ. de uſuf.* Notum vero eſſe, conſumptione nummorum in creditum vel in ſolutum datorum cauſam dominii mutari, *l. 13. l. non omnis 19. §. 1. in fin. de reb. cred.* Ita propemodum Accurſ. quem ſequitur communis DD. ſchola. add. D. Cujac. XIII. *obſerv.* 28.

Quum grex intelligitur eſſe communis) Exemplo pecorum alienorum gregi meo miſtorum docet, frumenta quoque ſine voluntate dominorum miſta, ſua cujuſque manere, neque in acervo facto quicquam eſſe commune: quippe eandem rationem eſſe
3 ſingulorum granorum in acervo, quæ eſt ſingulorum pecorum in grege; utrumque eſſe corpus non ἡνωμένον aut συνημμένον, ſed διεςὼς, cujus partes non cohæreant, aut uno ſpiritu contineantur, ſed quæ ſingulæ eſſentia ſua maneant diſtinctæ, propriamque ſuam ſpeciem retineant: ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis, quam illic, dominia confundantur, *arg. l. rerum mixtura 30. de uſuc.* junct. *l. in rem 23. §. 5. verſ. at in his de rei vind.* Ceterum comparatio hæc illud habet diſſimile, quod pecora aliena meis pecoribus miſta facile diſcerni poſſunt, & ob id ſingula vindicari; *d. verſ. at in his* grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum miſtione gregem communem fieri, niſi id expreſſe actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti) Ubi res communis non eſt, ceſſat communi dividundo judicium. *l. 1. com. div.* ſicut in propoſito. Ceterum nec grana ipſa, quæ cujuſque ante commixtionem fuerunt, vindicari potuerunt, quia diſcerni & deſignari nequeunt: nec pars acervi; quod non licet niſi in acervo communi; ſed quantum in acervo cujuſque fuit atque etiam nunc eſt, *l. 5. pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, deſignetur, *l. 6. d. tit.* ſatis enim deſignari videntur grana petita hoc ipſo, quod deſignantur certo loco atque acervo contenta & circumſcripta. Tantum laborabitur in exitu judicii & reſtitutionis.

Quale cujuſque frumentum) Igitur ſi unius frumentum fuerit pretioſius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretioſius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut ſic omni ex parte utrique ſatisfiat, *arg. l. 4. de rei vind. §. eadem 5. inſ. de off. jud.* In ſumma, vi, & effecta hic non alia judicis ſententia eſt & reſtitutio, quam ſi acervus vere communis eſſet, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vind.* Quæ de confuſione & commixtione diximus, ea hodieque omnia obſervantur.

TEXTUS.

De his quæ ſolo cedunt. De ædificatione in ſuo ſolo ex aliena materia.

29. *Cum in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipſe intelligitur dominus ædificii: quia omne quod ſolo inædificatur, ſolo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus ejus eſſe: ſed tantiſper neque vindicare eam poteſt, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus ſuis junctum eximere cogatur, ſed duplum pro eo præſtet, per actionem, quæ vocatur,* de tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo proviſum eſt, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit duplum jam conſequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

NOTÆ.

Nec tamen, &c. deſinit dominus eſſe) Ergo hoc caſu qui ædificavit, dominus eſt ædificii, alius dominus materiæ, ex qua conſtat *l. 7. §. 2. D. de re jud.* fac. *l. 23. §. ult. D. de rei vind. l. 13. de uſuc.*

Neque ad exhibendum) *d. l. 23. §. pen. l. 6. D. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* niſi adverſus malæ fidei ædificatorem, *d. l. 23. §. pen.* tanquam qui dolo malo fecerit, quominus poſſideat, *d. l. 1. & l. 2. de tign. junct.*

Eximere cogatur) Ne ſcil. ædificia reſcindi neceſſe ſit, ut mox ſequitur. Poteſt igitur dupli præſtatio evitari, ſi quis tignum eximere malit, & domino reſtituere, neque enim id facere prohibetur; dum ne ruina ædium deformetur publicus urbis adſpectus, *l. 2. C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur ſolutio tigni alieni vineis juncti, ne ſc. turbetur cultura vinearum. *d. l. 1. de tign. junct.*

Si non fuerit duplum conſecutus) In caſu malæ fidei etſi conſecutus fuerit. Nam qui ſciens junxit, non liberatur præſtatione dupli, ſed eſt adverſus eum extrinſecus adhuc rei vindicatio, *l. 2. de tign. junct.* Pœnalis enim eo caſu hæc actio eſt.

Commentarius.

1. *Non continuo eum, qui ædium dominus ſit, dominum eſſe & ſingulorum tignorum.*
2. *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adverſus eum, qui bona fide junxit.*
3. *Præſtationem dupli evitari poſſe tigni exemptione & reſtitutione.*
4. *Actionem de tigno juncto, apud nos exoleviſſe.*

Diximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus noſtris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confuſione, de qua proxime loquuti ſumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res ita conjunguntur, ut cohæreant, & unum corpus conſtituant, integra manente rerum ſubſtantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum, earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habent, quam additamentum & expletionem ejuſdem corporis, de quo genere dictum ſub §. *ſi tamen* 26. *ſup.* alterum earum, quæ ſic aliis junguntur, ut in his tanquam in ſubjecto conſiſtant, ac ſine his eſſe non poſſint, cujuſmodi ſunt hæc quinque, quæ nunc porro ſingula exequemur, in ſolo ædificata, plantata, ſata, ſcripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

Quia omne, quod ſolo inædificatur, ſolo cedit) In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratione præſtantior æſtimanda eſt ea res, quæ per ſe conſiſtere poteſt; inferior, quæ imponitur, & ſine illa conſiſtere non poteſt, ita & eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præſtantiori cedat: ac proinde utriuſque dominus efficiatur, qui dominus fuerat præſtantioris, *l. in rem* 23. §. 3. & 4. *de rei vind.* Hæc ratio generalis eſt, ad omnes ſpecies hujus conjunctionis pertinens. Ait, *omne quod ſolo inædificatur.* Hæc prima ſpecies eſt hujus acceſſionis; atque de ea ita jus eſt. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, ſolo impoſitum, ſolo cedit, *d. l.* 7. §. *cum in ſuo* 10. *hoc tit. d. l. in rem* 23. §. *pen. & ult. de rei vind. l.* 2. *de ſuperf. l. qui domum* 50. *ad leg. Aquil. l.* 2. *C. de rei vind.* idque ſive dominus ſoli ex aliena materia ædificaverit in ſuo, ſive e converſo dominus materiæ ædificaverit in ſolo alieno, *d. l.* 7. §. *ex diverſo* 12. *hoc tit.* & § *ſeq. eod.* Solo autem impoſitum accipi oportet etiam id, quod verbi cauſa ſupra parietem meum ædificatum eſt, *l. ſi ſupra* 28. *hoc tit.* Ceterum ut rationi hujus juris locus ſit, neceſſe eſt, ut id quod ædificatum eſt, ſolo cohæreat. Nam ſi Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji poſuerit, id non Seji erit, ſed Titii, qui poſuit, *l. Titius* 60. *eod.*

Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit &c.) Diximus, eum, qui ex aliena materia in ſuo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui conſequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus eſſe deſinere, cum duo ejuſdem rei in ſolidum domini eſſe non poſſint. Contra tamen & hic & apud Cajum ſcriptum eſt, materiæ dominum dominium idcirco non amittere, & quamvis ſtante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, ſciendum eſt, pro diverſa materiæ conſideratione utrumque dici poſſe, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim ſi tigna vel cæmenta conſideremus, ut juncta & connexa ædificio, hac conſideratione quamdiu juncta manent, ipſius ædificii ſunt & domini totius: unde & dempta dicuntur in priſtinam cauſam reverti, *l. habitator* 59. *de rei vind. facit l. ſed ſi* 26. §. 1. *hoc tit.* At ſi animum a conjunctione avertas, & ædificio quaſi inſuper habito tigna conſideres in ſe, & ut ſeorſum ſubſtantiam ſuam habentia, non poteſt videri materiæ dominus jus ſuum amiſiſſe: & ideo ea tigna, licet juncta adhuc, aliena ubique appellantur. Adeoque recte 1
nunc dicemus, aliud eſſe materiam, aliud ædificium: ædium quandam univerſitatem intelligi: materiam, cæmenta, tigna, lapides; res eſſe ſingulas, quæ ob id jure univerſi non utique cenſeantur. Hinc enim eſt, quod placet, eum, qui univerſas ædes poſſidet, non videri ſingula cæmenta poſſidere, eoque nec uſucapere, *l. in rem* 23. §. *ult. de rei vind. l. eum, qui* 23. *de uſuc.* & quod Ulpianus reſpondet, eum, qui inſulam petiit, ſi victus poſtea cæmenta vel tigna petat, non videri idem petere, *l.* 7. §. 2. *de exc. rei jud.* nimirum quod neceſſe non ſit, eum, qui ædium dominus eſt, materiæ quoque dominum eſſe: quam rationem & ipſe mox ſubjicit. Ceterum dubitandum non eſt, quin verum ſit, quod D. Hotomannus hic notat, ſi ex aliena materia nova primum ſpecies facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio incluſum, ejus id manere, cui jure ſpecificationis quæſitum erat: verbi cauſa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox injunctas ædificio, ejus eſſe & manere, qui tabulas fecit, *arg. l. ſed ſi meis.* 26. *in pr. hoc tit.*

Neque ad exhibendum) Tignum alienum ædibus junctum lex duodecim tabularum non tantum vindicari prohibet, ſed etiam ſolvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi poſſit, *l. in rem* 23. § *pen. de rei vind. l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct.* in quo diverſum jus eſt tigni injuncti, & verbi cauſa gemmæ injunctæ annulo alieno, ea enim licet, quamdiu cohæret, vindicari nequeat, ad exhibendum tamen eo nomine agi poteſt, ut eximatur, & tunc vindicetur, *d. l. in rem* 23. §. *item quæcunque* 5. *de rei vind. d. l.* 6. *ad exhib.* vide ſis quæ notavimus ſupra §. *ſi tamen* 26. *hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur) Duplicem ego cauſam reperio, cur lege duodecim vetita ſit tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una eſt, ne ob id ædificia reſcindi neceſſe ſit, *l.* 1. *de tign. junct. l.* 7. §. *cum in ſuo.* 10. *h. t.* & *hoc text.* altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur, *l.* 2. §. *ſi quis* 17. *l. ult. ne quid in loc. publ. l.* 2. *C. de ædif. priv.* quarum illa principalis eſſe videtur, & rationem finis unicique legis propoſiti habere: hæc συναιτιος & illius adminiculum: de quo mox plura. Eadem lege & ſolutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne ſcilicet turbetur vinearum cultura, *l.* 1. *de tign. junct.*

Sed duplum pro eo præſtet) Ne dominus materiæ queri poſſet, injuriam ſibi fieri, quod re ſua, quamdiu ædificium manet, carere cogatur, data eſt in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æſtimationem, & quidem in duplum, *l.* 1. *de tign. junct. l. in rem* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 6. *ad exhib.* Nec dubito, 2
quin ea actio in duplum etiam adverſus eum danda ſit,

qui

qui bona fide junxit: id enim textus fere omnes arguunt, qui de hac actione loquuntur. Nam primo, ut bene obſervavit D. Tuldenus *c.* 42. in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Cajum *d.l.*7.§. *cum in ſuo*. 10. adverſus quem nec in rem, nec ad exhibendum agi poteſt: quorum utrumque contra eſt in eo, qui ſciens rem alienam junxit, *d. l.* 23. §. *pen. de rei vind.* non quod ſic conveniatur quaſi poſſidens, ut tignum reſtituat: ſed ita, quaſi dolo malo fecerit, quominus poſſideat aut reſtituere poſſit, ut pretium æſtimetur jurejurando in litem, *l.* 1. *in fin. de tign. junct.* eoque pertinet locus Pauli in *l. qui res* 98. *in fin. de ſolut.* ubi ait, legem 12. tabularum ſciſcere, tignum ædibus junctum vindicari poſſe, ſed ſolvi id prohibuiſſe, pretiumque ejus voluiſſe dari. Deinde nec hoc ad eum pertinet, qui mala fide junxit: quod denegatur domino materiæ vindicatio non ſolum ſtante, ſed etiam diruto ædificio, ſi jam ante per actionem de tigno juncto duplum ſit conſecutus: nam adverſus eum, qui ſciens junxit ut furem, præter actionem dupli extrinſecus adhuc eſt rei vindicatio, *l. ult. de tign. junct.* §.*ult. inſ. de obl. quæ ex del.* Huc item facit *l. de eo.* 63. *de don. int. vir. & ux.* nam cum ibi ſolus ille caſus excipiatur, quo tignum volente & ſciente domino junctum eſt, ſatis ſignificatur, in ceteris actioni de tigno juncto in duplum eſſe locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adverſus eum, qui bona fide junxit, lex duodecim Tabb. dediſſet, ſi dominus tigni nihil amplius per eam conſequeretur, quam conſecuturus eſſet actione in factum, quæ ſublata vindicatione adhuc ſupererat? *d. l.* 23. §. *item quæcunq.* 5. *de rei vind.* Huic autem ſententiæ duo obſtare videntur. Primum eſt, quod lex de tigno furtivo locuta eſt, *d. l. de eo.* 63. *de don. int. vir. & ux. d. l.* 1. *de tign. junct.* alterum, quod iniquum videtur, eum, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus: primo etiam tignum, quod ab alio ſurreptum, ab alio bona fide junctum eſt, furtivum eſſe, vitio furti rem comitante. Ad hæc, legem 12. tabularum furtivi non ideo mentionem feciſſe, quod nomine non furtivi agi in duplum noluerit: ſed quia raro accidit, ut res alienæ mobiles, quæ inſciis dominis ad alios perveniunt, in furti vitium non cadant, §. 2. *inf. de uſuc.* unde nec Cajus, nec Juſtinianus, nec Paulus in *d. l.* 23. § *pen. de rei vind.* furtivi mentionem faciunt, ſed alieni duntaxat: cum tamen id omnes proponant ex eadem lege. Poſtremo nullam hic eſſe iniquitatem: nam & injuria, quæ domino materiæ fit, quod re ſua carere cogitur, commodo aliquo pecuniario compenſanda fuit, & pro duplo, quod ille accipit, majus viciſſim commodum conſequitur is, qui junxit, ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium ſuarum. Sed & poteſt dupli præſtationem effugere, ſi tignum eximere malit & domino reſtituere: neque enim id facere prohibetur lege 12. tabularum: quippe qua cautum eſt, non ut ne domino tignum eximere liceat, ſed ne quis id eximere cogatur ne ædificia reſcindere aut demoliri cum ſummo damno ædificantis neceſſe ſit, *hoc text.* & apud Cajum. *d. l.* 7. §. *cum in ſuo* 10. *hoc tit. l.* 2. §. *ſi quis* 17. *l. ult. ne quid. in loc. publ.* unde alii loci explicandi ſunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum ſolvi. *l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct. l. qui res.* 98. *in fin. de ſolut.* nimirum non tantum vindicationem, verum etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluiſſe, argum. hujus §. & *d. l.* 23. §. *pen. de rei vind. d. l.* 1. *de tign. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuiſſe, ne ſcilicet ædium demolitione & ruinis adſpectus deformaretur: ceterum ut hæc conſideratio extrinſecus legem moverit, non fuiſſe tamen το ὗ ἕνεκα, ſive cauſam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obſcure ex eo colligitur, quod alioqui dicendum eſſet, nunquam licere civibus ædificia ſua demoliri, aut tignum inde eximere: quod falſum eſt, *l. ſin autem* 27. §. *ult. l. Julianus* 37. *de rei vind. l.* 5. *in fin. C. eod. l. pro voluptariis* 9. *de imp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemptio ſecum trahit ruinam ædificii: unde fortaſſis non improbabiliter defendi poſſit, eundem fuiſſe ſcopum legis 12. tabularum, qui fuit ſenatuſconſulti, quo cautum eſt, ne ea, quæ ædibus juncta ſunt, legare liceat, neve negotiandi cauſa ædificia demoliri, aut marmora, columnas, aliave tigna detrahere, *l. cetera* 41. §. 1. *l. ſenatus* 43. *de legat.* 1. *l. ſenatus* 52 *de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* non alia de cauſa quam ut de integris ædificiis depoſitis publicus deformetur aſpectus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* ac proinde quemadmodum in ſenatuſconſultum non incidit, qui quid detrahit citra metum ruinæ, ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit, modo id faciat ſine periculo ruinæ. Ad hunc ferme modum diſputat Bachovius hic. Mihi ut verum fatear, fruſtra videtur lege prohiberi, quod ſponte ſua nemo niſi inſanus facturus ſit. Moribus harum regionum actio in duplum 4
de tigno juncto exolevit, conſuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium conſequendum, Grot. II *introd. c.* 10. Zypæ. *notit. jur. Belg. de rei vind.* uti & jure antiquo ei conſulebatur adverſus dominum ſoli, qui ipſe tignum non junxerat, ſed ab alio forte junctum poſſidebat: nam in eum demum, qui convictus erat junxiſſe, in duplum dabatur actio, *l.* 1. *in fin. pr. de tign. junct.* VINN. Multæ hic naſcuntur quæſtiones non parum difficiles, nos binas videbimus. Quæritur an actio de tigno juncto detur adverſus bonæ fidei poſſeſſorem? Quamvis enim id adfirmet Juſtinianus: obſtare tamen videtur (1.) quod lex XII. tabularum tantum egerit de tigno furtivo. *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *ff. de tign. junct. l.* 63. *ff. de donat. inter vir. & ux.* (2.) quia hæc actio de tigno juncto ſit pœnalis, adeoque locum non habeat adverſus eum, qui nihil deliquit. (3.) quod Paullus *l.* 98. §. *ult. ff. de ſolut.* diſerte dicit adverſus b. f. jungentem actionem dari in ſimplum. Sed reſp. (1.) XII. tabulas non abſciſſe meminiſſe tigni furtivi. Verba enim hæc ſervavit Feſtus: *Tignum junctum ædibus vineæque ne concapET ne ſolvito.* Addidit Gothofredus. *Aſt qui junxit duplione damnator. Tigna quandoque ſarpta, donec dempta erunt, vindicato.* Unde exempli tantum cauſſa JCti meminerunt tigni furtivi. (2.) Quod hæc actio, quamvis pœnalis etiam adverſus b. f. jungentem datur, ratio eſt culpa, quæ & in b. f. jungentem cadere poteſt. Ita recte B. Pagenſtecher. in *Irner. inj. vapul. coit.* XXXIV. §. 7. (3.) In lege 98. *de ſolut.* non negatur duplum peti poſſe, ſed pretium refundendum eſſe, cenſetur. Quæritur II.

an jungens exemto tigno liberetur? Adfirmat noſter : adfirmant alii. Sed legem XII. tab. prohibitivam fuiſſe, patet ex *l.6. ff. ad exhib. l.1. de tign. junct. & l.98. fin. de ſolut.* Et ratio, ne urbs ruinis deformetur, vel ne ædificia diſſolvantur, non admittit, ut dicamus in arbitrio eſſe jungentis, tignum eximere, an duplum ſolvere malit. *l.63. de don. inter vir. & ux.* loquitur de eo qui ſciente & patiente domino junxit. HEIN.

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt) Traditur hoc idem & in *l. tigni 7. ad exhib. l. tigni 62. de verb. ſign.* unde quidam ajunt, tegulam quoque & lapidem & teſtam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri : in vineis perticas & pedamenta, ceteraque vineis neceſſaria, *d. l.1. §.1. de tign. junct.*

Tunc eam vindicare) Etiamſi poſt tempus uſucapionis diſſolutum ſit ædificium : nam qui ædes poſſidet, non intelligitur ſingula tigna poſſidere, ut notatum *ſup. n.1. l.23. §. ult. de rei vind. l.33. de acquir. poſſ. l.23. de uſuc.*

TEXTUS.

De ædificatione ex ſua materia in ſolo alieno.

30. *Ex diverſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & ſolum eſt. Sed hoc caſu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur eſſe alienata; utique ſi non ignorabat, ſe in alieno ſolo ædificare : & ideo licet diruta ſit domus, materiam tamen vindicare non poteſt. Certe illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli dominus petat, domum ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificavit. Nam ſcienti ſolum alienum eſſe, poteſt objici culpa, quod ædificaverit temere in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.*

NOTÆ.

30. *Ex diverſo*) Ex Cajo *l.7. §.12. D. h. t.*

Si non ignorabat) Nam ſi ignoravit, quamvis ædificium ſequatur ſoli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l.2. ff. de rei vind.*

In poſſeſſione conſtituto) Nam ſi non poſſidet, nulla ei actio jure prodita, qua pretium materiæ aut ſumptus conſequatur, *l.33. D. de cond. ind. l.14. D. de exc. dol. l.48. de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat, id eſt, poſſeſſionis.

Poteſt objici culpa) *l.37. D. de rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut ſine læſione prioris ſtatus rei tollat quod poſuit, *d. l.37. l.5. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione perſonarum ex ſua materia in alieno ædificantium.*
2. *Non ſemper eum, qui in alieno ſciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*
3. *Ædificatorem in poſſeſſione conſtitutum pretium materiæ & impenſas ſervare poſſe oppoſita doli mali exceptione.*
4. *Non poſſidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*
5. *An malæ fidei poſſeſſor pretium materiæ & impenſas eadem ratione ſervare poſſit.*

EXplicatur hic ſpecies ſuperiori contraria. Illic quæſitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in ſolo ſuo: hic quæritur de eo, qui ex ſua materia ædificavit in ſolo alieno. De quo ex perſonis ædificantium & tempore varie conſtituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impenſas in ædificando factas : nam ad ædificii acquiſitionem quod attinet, inter perſonas ædificantium nihil intereſt, ſed illius ſemper fit domus, cujus eſt ſolum, juxta regulam jam traditam & expoſitam *§. præced.*

Utique ſi non ignorabat) Quum non de ædificio ipſo, ſed aut de materia, aut de pretio materiæ aliiſve impenſis conſequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in propoſito ratio eſt: ſed alia ejus, qui bona fide, dum ſuum putat, alia ejus, qui ſciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus eſt. Qui ex ſua materia in alieno ſolo ædificavit bona fide, is, quamvis ædificium quod poſuit, ſolum ſequatur, ac per hoc dominum ſoli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus §.* in verbis a me notatis. Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus conſequi poſſit, ut materia ſeparetur & ſibi reddatur, propter legem 12. tabb. de æſtimatione tamen ei conſultum eſt, de quo mox ; & ædificio diruto poterit ipſam materiam vindicare, *l.2. C. de rei vind.* Qui autem ex ſua materia in alieno ædificavit mala fide, placet eum proprietatem materiæ amittere in tantum, ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare poſſit. Cujus rei rationem hanc affert hic Juſtinianus poſt Cajum in *l.7. §. ex diverſo 12. hoc tit.* quod ſua voluntate materiam intelligatur alienaſſe, id eſt, donaſſe domino ſoli. Nimirum hæc juris adverſus eum, qui non ignorat ſe in alieno ædificare, præſumptio eſt, *arg. l.14. de donat. l. cujus per errorem 53. de reg. jur.* Ceterum ſi qua probabilis conjectura ſit, ob quam videri poſſit, licet ſciens, non tamen animo donandi ædificaſſe, diſſoluto ædificio materiam vindicare non prohibetur, *l.2. C. de rei vind.* Finge, aliquem in aliena area ædificaſſe, cujus bonæ fidei emptor fuit; verum ædificaſſe quo tempore jam ſciebat alienam: negabo id eum animo donandi feciſſe. Quippe cum ſpem haberet fore, ut aream uſucaperet, *arg. l. Julianus 37. de rei vind.* Finge ædificaſſe in ſolo litigioſo: dicam id ſui juris poſſeſſioniſque tuendæ cauſa feciſſe, non animo donandi, per *d. l.2. C. eod. tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificaſſe in area conducta, dicam id factum eſſe, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint. *l. dominus*

55. §. 1. *locat.* Sed etſi quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non ſua, æquum eſt, ſoluto ædificio materiam ad priſtinum dominum redire, *arg. d.l.* 2. Atque hæc etiam communis interpp. ſententia eſt, vid. Weſ. Mynſ. Schneid. Cantiunc. *h.t.* Bald. Salic. Sichart. ad *d.l.* 2. Fachin. 1. *controverſ.* 55.

Si in poſſeſſione conſtituto ædificatore, &c.) Cum igitur ſtante ædificio ædificator, cujuſcumque generis ſit, nullam, ut dictum eſt, actionem aut exceptionem habeat, quam materiam ipſam conſequatur, quæſitum eſt de materiæ æſtimatione, ceteriſque impenſis, quæ in ædificando factæ ſunt, an eas ſaltem ædificator remedio aliquo conſequi poſſit. Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumſtantia temporis & condi-
3 tione ædificantium ſervatur. Primum refert, poſſideat ædes ædificator, an non poſſideat. Si poſſidet, placet, eum impenſas ſervare poſſe per retentionem, oppoſita doli mali exceptione, ſi dominus ædificium vindicet non oblata reſtitutione impenſarum. Et hoc eſt, quod Juriſconſulti in *d.l.* 7. §. *ex diverſ.* 12. & Imp. hic ajunt, *Si in poſſeſſione conſtituto ædificatore ſoli dominus petat domum ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli*; nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui poſtulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, *l. nam hoc natura* 14. *de cond. ind.* junct. *l.* 1. *de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo uſque duntaxat dandam, quo res facta eſt pretioſior, *l. in fundo* 38. *de rei vind.* & ita demum ſi fructuum ante litem conteſtatam perceptorum modum excedant, *l. ſumptus* 48. *eod.* Nam qui ſuum tantum recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo* 129. *de reg. jur.* nec ſtudet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit ut pro quantitate fructuum perceptorum impen-
4 ſæ minuantur. Si non poſſidet, nulla ei actio jure prodita eſt, qua pretium materiæ aut ſumptus a ſe factos conſequatur. Id adeo ita eſſe, remotio actionum, quæ hic eſſe poſſint, declarabit. Vindicationem & actionem ad exhibendum ſuſtulit lex 12. tabb. Actio de tigno juncto adverſus eum ſolum comparata eſt, qui ipſe tignum junxit, *l.* 1. *de tign. junct.* In factum actio, de qua in *l. in rem* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* non datur adverſus eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio hic eſſe poteſt negotiorum geſtorum: quia qui in rem tanquam ſuam aliquid impendit, ſuum negotium, non alienum gerit; qua ratione etiam ſi denegatur repetitio. *l.* 5. *C. de rei vind.* Et generaliter omnibus, qui non ſunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium ſibi obligent, *l.* 4. *C. de neg. geſt. l. in hoc* 14. §. 1. *verſ. diverſum comm. divid.* quippe actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* Poſtremo nec conditionem indebiti habere poteſt: nam ut diſſerit Jul. *l. ſi in area* 33. *de cond. ind.* qui poſſeſſionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tandem quod ſuum eſt dominus ſuo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponii, ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repeti non poſſe, *l. ex quibus* 51. *d. tit.* Sed non opus eſt hac inductione: de ſingulis ſi quis dubitet, conſtanter veteres omnes ſcribunt, nullo alio modo impenſas in rem alienam factas ſervari poſſe, quam per retentionem, oppoſita doli mali exceptione, ſi res a domino vindicetur, Papinian. *l. ſumptus* 48. *de rei vind.* Julian. *d.l. ſi in area* 33. *de cond. ind.* Paul. *l.* 14. *de dol. mal. exc.* Pompon. *l. heres* 21. *ad ſen. Treb.* Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere poſſit, quam poſſidendi; nobis non licet contra manifeſtam rationem juris & textus expreſſos aliud excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidendi, data ſcilicet ei ultro pro conſequendis impenſis actione, idque ſolo æquitatis obtentu, deficiente cauſa & fundamento, in quo actio radicetur, per *l.* 1. *C. de legib.* ſcilicet facilius alicui actione inſtituta per officium judicis ſuccurritur in eodem judicio, quam ut inducatur actio, quæ non niſi ex certis principiis juris naſcitur: ac proinde etſi hic ſit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen ſola naturalis obligatio actionem non producit, niſi jure civili aut prætorio adjuvetur, Ant. Fab. XXVI. *err.* 9. *& ſeqq.* Tim. Fab. *anniverſ. diſput.* XIII. *th.* 3. Exiſtimat quidem D. Cujac. 10. *obſ.* 4. poſſe non poſſidentem condictione incerti poſſeſſionem repetere, atque ita adhuc contra agentem oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervare. *arg. l. indebiti* 15. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. §. 1. *de cond. ind.* Sed multum intereſt, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam ſcit ſe reſtituere debere, ac proinde animo alium ſibi obligandi impenſas faciat, de quo caſu dd. textus loquuntur; an ſuo nomine tanquam in rem propriam, qui caſu hic proponitur, per text. in *d. l.* 14. §. 1. *comm. div. l.* 5. *C. de rei vind.* Fallitur quoque Martinus Gloſſator eumque ſecutus Gœd. in *l. impenſæ* 79. *de verb. ſign.* dum non poſſidenti utilem actionem negotiorum geſtorum dant. *arg. l.* 9. §. 3. *de neg. geſt. l.* 8. *de pign. act. l.* 7. §. *ult. ſol. mat.* Nam in *d.l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas acceſſit, licet eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quaſdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui impenſas fecerunt in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum eſt vel actione contraria vel negotiorum geſtorum ſumptus in eam factos conſequi poſſe; quod & vulgo hic notant DD. Non obſtat nobis *l.* 5. *C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei poſſeſſor dicitur habere repetitionem neceſſariam impenſarum. Primum quia hic non de neceſſariis impenſis quæritur, ſed de utilibus. Deinde quia ex eo, quod dicitur impenſarum eſſe repetitio non ſequitur illico eo nomine etiam eſſe actionem: ſufficit enim repetitionem eſſe ſuo modo, per retentionem videlicet & exceptionem; quippe verbum repetitionis, uti & petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l.* 1. *de excep. l.* 15. *rat. rem hab.* neque aliter in *d.l.* 5. accipi poteſt, ubi agitur de ædificatore conſtituto in poſſeſſione, D. Don. XX. *comm.* 7. *poſt* Cyn. Caſt. Salic. in *d.l.* 5. Martini tamen ſententiam æquitatis commendatione nunc in judiciis prævalere, ſaltem quatenus dominus locupletior factus eſt, ſcribit D. Carol. Molin. *ad conſuet. Pariſ. tit.* 1. §. 1. *gloſſ.* 5. *n.* 82. *& ſeq.* quod promtius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. ſi & me & Titium* 32. *de reb. cred.* Paul. Buſ. ad *l.* 33. *de cond. indeb.*

deb. Diod. Tulden. *hic c.* 58. nam & hic diruto ædificio materiam ipſam vindicare non prohibetur, add. Garz. *de expenſ. & meliorat. c.* 1. *n.* 24. *& c.* 7. Zypæ *notit. jur. Belg. de rei vind.*

5 *Utique ſi bona fidei poſſeſſor fuerit, &c.*) Non ſatis eſt ad ſervandas impenſas ædificatorem in poſſeſſione conſtitutum eſſe, niſi factæ ſint bona fide, malæ fidei poſſeſſori hæc impenſarum deductio denegata eſt, *l. Julianus* 37. *de rei vind. l. idque* 45. §. 1. *in fin. de act. emp. l.* 5. *C. de ædif. priv.* Quibus conſentaneum eſt, quod ſcribit Papinianus *l. ſumptus* 48. *de rei vind.* ſumptus in prædium alienum factos peti quidem non poſſe, ſed exceptione doli oppoſita per officium judicis æquitatis ratione ſervari, ſi a bonæ fidei poſſeſſore facti ſint; ut intelligamus in malæ fidei poſſeſſore ne æquitatis quidem ratione eo pacto ſervari debere. Etenim ſi is item ſimili ſe exceptione tueri velit adverſus dominum vindicantem, culpam ei objici poſſe & a domino replicari, quod temere & ſciens ædificaverit in alieno ſolo, *hoc text. & l.* 7. §. *ex diverſo* 12. *eod. l. Julianus* 37. *de rei vind.* Denique ſumptus per errorem factos hac ratione ſervari poſſe, *l. ſin. autem* 27. §. *ult. d. tit.* qui improbe facti ſunt, reſtituendos non eſſe, *l.* 5. *C. de ædif. priv.* Quid igitur eſt, quod Paulus ſcribit *l. plane* 38. *de hær. pet.* etiam in prædonis perſona haberi rationem impenſarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non diſtinguam, ut vulgo, inter petitionem hæreditatis & ſpecialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis viſa, cur in propoſito hæc judicia ſeparentur: ſed animadvertendum eſt, Paulum non ſimpliciter dicere, etiam prædonem impenſas deducere, aut imputare, ſive per retentionem oppoſita doli mali exceptione ſervare: verum in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum neceſſariarum & utilium. Quod ſic omnino accipi debet, ut neceſſarias quidem deducat, (nam neceſſariarum impenſarum deductio tributa eſt omnibus poſſeſſoribus, etiam qui mala fide poſſident *l.* 5. *C. de rei vind.*) utiles vero, de quibus ſolis hic quæritur, ſine læſione rei tollat, *d. l. Julianus* 37. *de rei vind. d. l.* 5. *C. eod.* Nam ita quoque in prædonis perſona utilium impenſarum ratio habetur, quarum tollendarum ſtricto jure nulla ei poteſtas. Quid ergo ſi nolit petitor pati, ut utiles impenſas tollat? Poteſt ſane id pro ſuo jure facere, *l. in fundo* 38. *de rei vind.* ſed hoc caſu utiles quoque impenſæ deducentur, ne quod ait Paulus ex aliena jactura petitor lucrum ſentiat: quæ ratio in utilibus impenſis hoc demum caſu locum habet, non autem ſi paratus ſit petitor pati ut tollantur. Ita D. Ant. Fab. *ii. conj.* 1. *& dec.* XXVI. *err.* 8. *ſeqq.* cui in hoc aſſentior, licet D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & ſingularum rerum diſtinctionem magis probet, *not. ad* Treutl. 1. *diſp.* 14. *theſ.* 19. *& p.* 2. *diſput.* 20. *theſ.* 6. Alii *d. l.* 38. reſtringunt ad impenſas utiles & neceſſarias ſimul. Sed tunc nihil definierit Juriſconſultus de utilibus tantum: & tam utiles ſimpliciter, quam quæ ſimul neceſſariæ ſunt, intellexiſſe Juriſconſultum, oſtendunt exempla, quæ in *l.* 39. *eod. tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æſtimatio ſervorum gratia ſoluta; quæ utique utilis tantum impenſa eſt, non etiam neceſſaria. Quæſtio univerſa de retentione rei ob ſumptus in eam a poſſeſſore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex perſonis poſſeſſorum & petitorum, tum ex cauſis & generibus ſumptuum, quæ omnia ſigillatim perſequi non eſt hujus loci, vid. D. Donell. XX. *comm.* 7. Coſtal. in *l. in fundo* 38. *de rei vind. & l. ſi in area* 33. *de cond. ind.* Menoch. *rec. poſſ. rem.* 15. *n.* 500. *& ſeqq.* Charond. *lib.* X. *reſp.* 16. Garz. *de expenſ. & meliorat.* & alios allegatos a D. Chriſtin. *vol.* 1 I. *deciſ.* 174.

Textus.

De Plantatione.

31 *Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit. Et ex diverſo, ſi Titius ſuam plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii planta erit: ſi modo utroque caſu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut ſi vicini arbor ita terram Titii preſſerit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor eſſe intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor poſita, ſi etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

Notæ.

31. *Si modo utroque caſu radices*) Quia ex eo tempore, non ſolum ut ſuperficies ſolo adhæreſcit & cum ſolo unum corpus conſtituit, *l.* 40. *D. de act. empt.* ſed etiam ex ſolo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno ſolo coaluit, manere intelligitur, nec denuo eruta ad priorem dominum revertitur, *d. l.* 26. §. 2. *h. t.* Ceterum Nerva & Varus priori domino utilem in rem actionem dabant, *l.* 5. §. 3. *de rei vind.*

Communis fit) Non pro indiviſo, ſed pro regione cujuſque prædii, *l.* 8. *h. t.* eruta autem pro indiviſo communis eſſe incipit, *l.* 19. *comm. div. l. pen. pro ſoc.* Itaque in *d. l.* 8. §. 1. pro, *& ſunt pro indiviſo communia prædia*, legendum eſt, *pro diviſo.* Cujac.

Commentarius.

1. *Proprietatem arboris transplantatæ poſt coalitionem ita immutari, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*
2. *Quomodo priori domino conſulatur de pretio plantæ, primum ei, qui alienam poſuit in ſolo ſuo, deinde & qui ſuam poſuit in alieno.*
3. *Pomponius cum Cajo & Juſtiniano conciliatus.*

Secunda ſpecies ceſſionis propoſita eſt plantarum poſitarum in alieno ſolo, de qua ita poſt Cajum in *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* ſcribit Juſtinianus: *Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit.* Et ex diverſo, *ſi Titius ſuam plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii plan-*

ra erit; *ſi modo utroque caſu radices egerit: ante enim quam radices egerit; ejus permanet, cujus fuerat*. Tria ſunt, quæ his verbis docentur. Primum eſt, plantas in alieno ſolo poſitas ejus manere, cujus fuerant, uſque dum radices egerint: alterum, ex quo radices egerint, ſolo cedere & incipere ejus eſſe, cujus eſt ſolum: tertium, nihil in propoſita ſpecie intereſſe; utrum quis in ſuo ſolo plantam alienam poſuerit, an in ſolo alieno plantam ſuam. Ratio ceſſionis ſupra eſt expoſita: cui etiam hæc accedit; quod plantæ non tantum in ſolo conſiſtant, ſed ubi radices egerint, etiam ex eo ſolo alimentum capiant & ſuccum, citra quem vivere ac vegetari non poſſunt, *l. ſed ſi meis 26. §. 2. hoc tit.*

Si modo utroque caſu radices egerit) Idem valet ſi coaluerit, *§. ſeq. & d. l. ſed ſi meis 26. §. 2. eod. l. hoc amplius 9. §. Alfenus 2. de damn. inf.* nam radicum immiſſione fit, ut plantæ cum terra coaleſcant & uniantur, ut jam earum non ſit ſeparatum a fundo corpus, *l. Q. Mucius 40. de act. emt.* Coaluiſſe autem, & radices immiſiſſe, certum indicium eſt, ſi vivit adhuc & vegetatur arbor poſt id tempus, quo emori & exareſcere poterat; & certius etiam, ſi quid ex ſe emittat aut fructum ferat. Et ſciendum eſt, proprietatem arboris tranſplantatæ, ubi ſemel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta poſtea ad priorem dominum revertatur, *d. l. ſed ſi meis 26. §. 2.* Quamobrem nec ei ſic conſultum eſt, ut domino materiæ, quæ juncta eſt alieno ædificio: quippe quam dominus, cum eadem maneat & ſuo ſenſu ejuſdem diruto ædificio vindicare poteſt: *l. 2. C. de rei vind.* arbor autem, quæ in aliena terra coaluit, non manet eadem, ſed fit alia & nova alieno novi ſoli alimento, *d. l. ſed ſi meis 26. §. 2.* Hinc autem eſt, quod qui plantam ſuam in alieno poſuit, nec poſſidens retentionem habeat in hoc ut poſitam ſibi tollere liceat, cum nec ſeparata ejus ſit; quod contra eſt in eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit, *l. ſin autem 27. §. ult. l. Julianus 37. de rei vind. l. 5. C. eod.* vid. *§. praced.* Ceterum æquum eſt, adverſus eum, qui alienam arborem in ſuum tranſtulit, de pretio ſaltem priori domino arboris conſuli, ne ſic res ei pereat alieno facto, ut nec æſtimationem conſequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione. *l. in rem 23. §. item quacunque 5. de rei vind.* Varus & Nerva utilem in rem dabant, *l. 5. §. de arbore 3. d. tit.* nimirum pretii conſequendi gratia: nam directam in rem non habet, *l. 9. §. Alfenus 2. de damn. infect.* Adverſus eum, qui mala fide tranſtulit, eſt etiam actio furti & condictio furtiva, ut adverſus furem, *§ ult. inf. de obl. qua ex dol.* Eſt & vindicatio & ad exhibendum, non quaſi adverſus poſſidentem, ſed quaſi qui deſierit poſſidere, *l. 1. in fin. & l. 2. de tign. junct.* At ſi quis ſuam plantam poſuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit. Igitur ſi poſſeſſione excidit, nullam de pretio arboris aut ſumptibus a ſe factis actionem habet; nam nec in factum dari poteſt; quia hæc eſt de damno alii dato: ſolum hoc ei relinquitur, ut ſi bona fide poſuit, & adhuc in poſſeſſione eſt, æſtimationem & ſumptus ſervet per doli mali exceptionem. *l. ſi quis ſciens 11. C. de rei vind. l. qua ratione 9. in pr. hoc tit.* Malæ autem fidei poſſeſſori culpa objici poteſt, quod temere plantam poſuerit in ſolo, quod ſciebat alienum eſſe, *arg. §. praced.*

Ut in ejus fundum radices egerit.) Sic nimirum ut tota jam ex terra Titii alatur; quod aliquando contingere poteſt; veluti ſi veteribus radicibus exareſcentibus aut putreſcentibus novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini duntaxat trahat. Conſulendi hic rei ruſticæ ſtudioſi. Illud a mente & verbis Juſtiniani plane alienum eſt, quod quidam ſcribunt, non veterem arborem, quæ in vicino fundo poſita in Titii fundum radices egerit, Titii fieri: quaſi impoſſibile ſit, ut ea omnes radices in Titii fundum agat, ſic ut tota inde alatur, ſed novam quæ forte ex ramis in terram Titii depreſſis exurgat. Ait enim Juſtinianus, proprietatem arboris commutari; quod omnino de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum eſt; & quod ſequitur de arbore prope confinium poſita, eam communem fieri, ſi in vicini quoque fundum radices egerit, non de alia accipi poteſt, quam quæ antea fuerat tota unius.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.) Efficit in hoc eadem ratio: ſed hoc ſic temperandum, ſi ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam ſi extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde non nihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit; eo quod radices magis juxta arboris truncum ſpectandæ, quam partes earum extimæ. Et ita Pomponius in *l. 6. §. ult. arb. furt. caſ.* cum Cajo & Juſtiniano conciliandus. D. Pac. *in analyſ. hic.* Vinn. Immo diverſas fuiſſe apparet Caji & Pomponii ſententias. Cajus nec trunci, nec ramorum rationem habet: Pomponius ſolius trunci. Germani fere ad ramos reſpiciunt, ut fructus in tantum ſint communes, in quantum in utriuſque fundum propendent rami. Jus Prov. Sax. *Lib. 11. Art. 52.* Simile quid ex ſtatuto Ultrajectino & moribus obſervari in provinciis Belgicis, notavit B. Huber. *Pral. h. t. §. 41.* Hein.

Communis fit) Abuſive. Non enim pro indiviſo communis fit, ſed pro regione cujuſque prædii: *L. pro regione 8. hoc tit.* Ceterum eadem arbor eruta communis eſſe incipit pro indiviſo tanquam partibus, quæ prius certis locis diſtinguebantur, jam invicem confuſis. Eademque ratio eſt lapidis in confinio nati & item poſtea exempti, *l. arbor 19. comm. div. l. pen. pro ſoc.* recteque monet D. Cujac. *hic in d. l. pro regione. 8. hoc tit.* legendum eſſe; *& ſunt pro diviſo communia pradia*; non ut, in codice Piſano legitur, *pro indiviſo*. Et vero confinium non eſt niſi in fundis vicinis, qui finibus diſcreti ſunt.

Textus.

De Satione.

32. *Qua ratione autem planta, qua terra coaleſcunt, ſolo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, qua ſata ſunt, ſolo cedere intelliguntur. Ceterum ſicut is, qui in alieno ſolo adificavit, ſi ab eo dominus petat adificium, defendi poteſt per exceptionem doli mali, ſecundum*

dum ea, qua diximus: ita ejuſdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bona fide conſevit.

Notæ.

31. *Bona fide conſevit*) Addendum hoc Cajo *d. l. 9. pr.* nam bonæ fidei poſſeſſori tantum hæc exceptio competit; *d. l. 11.*

Commentarius.

Tertia ſpecies acceſſionis, ſuperiori plane ſimilis, eſt frumentorum, quæ in alieno fundo ſata ſunt: nemo enim unquam dubitavit, quin ſi in meo fundo tuum frumentum ſeverim, ſegetes meæ fiant: & ex diverſo, ſi tuum fundum meo frumento conſeverim, tuæ fiant; non enim ſemen, quod injectum ſolo eſt, amplius inſpici placuit, ſed ſolum, in quod injectum eſt, & corpus, unde ſegetes naſcuntur, *l. qui ſcit 25. in pr. & §. 2. de uſur.* Quibus autem modis domino plantæ, quæ in aliena terra coaluit, conſulitur, iiſdem & domino injecti ſeminis. Igitur ſi quis ſuum fundum alieno ſemine bona fide conſeverit, non poterit dominus ſeminis alia actione, quam in factum æſtimationem conſequi; adverſus eum autem, qui idem fecerit mala fide, eſt actio furti & condictio furtiva; eſt & in rem & ad exhibendum, ut adverſus eum, qui dolo malo deſiit poſſidere. Quod ſi quis alienum fundum ſuis impenſis conſeverit, ſiquidem bona fide, is, ſi in poſſeſſione ſit, poterit per retentionem impenſas a ſe factas ſervare oppoſita doli mali exceptione, ſi res vindicabitur, *l. 9. pr. hoc tit.* poſſeſſione vero amiſſa nullam impenſarum nomine actionem habet. Si mala fide, ne poſſidens quidem vel per retentionem quicquam ſervare poteſt, *l. ſi quis 11. C. de rei vind. fac. l. qui alienum 14. de donat.*

Textus.

De Scriptura.

33. *Literæ quoque licet aureæ ſint, perinde chartis membranisve cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur. Ideoque, ſi in chartis membraniſve tuis carmen vel hiſtoriam vel orationem Titius ſcripſerit, hujus corporis non Titius, ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi a Titio petas tuos libros, tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere paratus ſis, poterit ſe Titius defendere per exceptionem doli mali, utique ſi earum chartarum membranarumve poſſeſſionem bona fide nactus eſt.*

Commentarius.

Hæc quarta ſpecies eſt hujus generis acceſſionis. Ait, literas, licet aureas, chartis membraniſve cedere, perinde ac ſolo cedunt, quæ inædificantur aut inſeruntur, ut nimirum totius corporis idem ſit dominus, qui & chartæ & membranarum fuit, eadem ratione, qua ſuperiora, quod ſcilicet velut in alieno ſolo poſitæ habeantur, ac neceſſe ſit ei rei eas cedere, ſine qua eſſe non poſſunt: quæ Pauli ratio eſt hujus generis acceſſionum omnium communis, *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* qui etiam alibi diſerte affirmat, id quod in charta mea ſcriptum eſt, meum eſſe, *l. 3. §. pen. ad exhib.* Etſi igitur literæ aureæ ſint, ut hic dicitur, & in *l. 9. §. 1. eod.* chartiſque longe pretioſiores, tamen acceſſionis vice chartæ cedant neceſſe eſt: ut & purpura, licet pretioſior ſit, veſtimento cedit, & ſuperficies, quæ & ipſa plerumque pretioſior eſt, ſolo. Contra hanc tamen acquirendi rationem diſputat hoc loco D. Hotomannus. Ait, abſurdam eſſe chartæ & ſoli, ædificii & ſcripturæ comparationem: non enim ſicut area ædium, ita & chartam carminis vel hiſtoriæ in ea ſcriptæ partem eſſe. Chartam ex earum rerum numero cenſendam, quæ uſu delentur: nam eam ſcriptura impoſita quodammodo interire & conſumi; atque ob id ſufficere debere, ſi domino æque bona reddatur, aut ſolvatur ejus æſtimatio. Sane perquam iniquum & abſurdum videri, eum, qui forte rationes ſuas aut meditationes in aliena charta ſcripſerit, quas plurimum ejus interſit cum aliis non communicari, ſcripturam amittere, eaſque chartas a domino vindicari poſſe. Et quid ſi inventarium ſit, aliudve inſtrumentum, in quo fortunæ alicujus poſitæ? Sed verum non eſt quod Hotomannus ait, chartam acceſſione litterarum perire aut conſumi: totaque ſua diſputatione nihil aliud efficit, quam quod in propoſito, ſi forte tales ſpecies, qualium ille meminit, inciderint, ratio hujus juris non præciſe ſervanda ſit. Quis autem hoc neget? hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non amplius ſcriptura chartæ, ſed charta ſcripturæ cedat, chartamque ad ſe per prævalentiam ſcriptura trahat, teſtis poſt alios Mynſing. *hic* ex noſtris Grotius *lib. 1. manuduct. c.* 8. add. Diod. Tuld. *hic c.* 38.

Poterit ſe Titius defendere per exceptionem) Scribenti niſi chartam poſſideat, ſcriptura ſua perit: nam neque vindicare eam poteſt, quia totum vindicaret, quod illius non eſt; nec ad exhibendum agere, ut ſcriptura ſeparetur, quod fieri non poteſt. In factum quoque actionem non habet, non magis quam ceteri, qui in alieno quid poſuerunt, quod ſolo ceſſerit: adeoque ipſe ſuo ſibi facto ſcripturam adimit, dum chartæ adjicit, cujus dominus eam a re ſua accipit, ut dominus ſoli a ſolo accipit ædificata & ſata, *l. ſi in area 33. de cond. ind. l. 11. C. de rei vind.* Tantum exceptio doli bona fide poſſidenti relinquitur, ut per retentionem rei impenſam ſcripturæ conſequatur, *d. l. 9. §. 1. hoc tit.* nec aliter tamen, quam ſi & ſcriptura utilis ſit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter ſcripturam, *arg. l. in fundo 38. de rei vind.* Ceterum non ut qui ſoli dominus eſt, alienam materiam aut plantam ſolo ſuo jungere poteſt, ita & qui dominus eſt chartæ, alienam ſcripturam chartæ ſuæ imponere. Quamobrem nec omnia, de quibus in ſuperioribus, ad hanc ſpeciem applicari poſſunt.

Textus.

De pictura.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam (qualiſcunque ſit) tabulæ cedere: ſed nobis videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere. Ridiculum eſt enim, picturam Apellis vel Parrhaſii in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere. Unde ſi a domino tabulæ imaginem poſſidente is, qui pinxit, eam petat, nec ſolvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali ſubmoveri. At ſi is, qui pinxit, eam poſſideat, conſequens eſt, ut utilis actio domino tabulæ adverſus eum detur: quo caſu ſi non ſolvat impenſam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit ille, qui picturam impoſuit. Illud enim palam eſt, quod ſive is, qui pinxit, ſurripuit tabulas, ſive alius, competit domino tabularum furti actio.*

Notæ.

34. *Nobis videtur melius*) Amplectitur ſententiam Caji in *l. 9. §. 2. h. t.* propter pretium picturæ, id eſt, propter dignitatem & præſtantiam artis. Igitur ζωγραφία efficacior eſt pictura litterarum.

Qui pinxit eam petat) Recta ſive directa vindicatione, quæ pictori, ut domino, competit, *d. §. 2. l. 9.*

Utilis actio) Quæ etiam non domino quibuſdam caſibus datur, *l. 5. §. 3. D. de rei vind.*

Commentarius.

1. *Cur in pictura a communi ratione acquirendi receſſum.*
2. *Quid ſi non Apelles aliquis, ſed inferioris notæ pictor in aliena tabula pinxerit.*
3. *Quomodo ſuccurratur domino tabulæ adverſus pictorem.*
4. *Quid ſi pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato.*
5. *In concurſu adverſus tertium poſſeſſorem uter præferendus.*
6. *Eum qui ſciens in aliena tabula pinxit, ejuſdem conditionis videri, cujus, qui ſciens in alieno ſolo ædificavit.*

Quinta & poſtrema hujus generis ſpecies eſt pictura, quæ & ipſa ex eadem ratione tabulæ, cui impoſita eſt, cedit. Neque quicquam de jure ceſſionis mutat pretium picturæ, alioqui dicendum eſſet, nec ædificium areæ, nec purpuram veſtimento, nec literas aureas chartis cedere debere: naturale enim eſt, ut adjunctum cedat ſubjecto, hoc eſt, ei rei, ſine qua illud eſſe non poteſt, licet majoris ſit pretii, ut diſputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra ſentiebant, *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* Ceterum Juſtinianus hic inſuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Cajus noſter fuit, *l. 9. §. 2. hoc tit.* ſententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in ſpecie propoſita ſubjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. Rationem ſi quæras, ſcribit Paulus, *d. loc.* 1
eos, qui in pictura a communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita ſenſiſſe propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti viſa non ſit, ut ob id diverſum jus in pictura ſtatui debuerit. Et ſane non eſt, ſi ea de ſolo pretio rei pictæ accipiatur: verum arbitror veteres maxime pretium ipſius artis ſpectaſſe, cujus ſcilicet tanta ſit dignitas, præſtantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta ſunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sane vocis picturæ ſignificatio id non impedit: quippe qua non minus ars ipſa pingendi, quam res aut tabula picta denotatur: veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam &c. Plin. *lib. XXXV. c. 9. Certamen picturæ inſtitutum eſt Corinthi ac Delphis*, & *ejuſdem lib. c. 10. Hujus* (Pamphili Macedonis) *auctoritate effectum eſt Sicyone, ut pueri ingenui picturam in buxo docerentur.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æſtimare licet, quod dignatione liberalium cenſeretur, & quidem in primo gradu; eamque ſolos ingenuos & honeſtos exercere fas eſſet, interdicto perpetuo ne ſervitia docerentur, teſte Plin.

Aliis videtur picturam, qualiſcumque ſit, tabulæ cedere) Hoc eſt, picturam, etiam quæ maximi pretii ſit, & nobiliſſimam, cedere tabulæ cui impoſita eſt; licet longe viliori. Inter hos autem & Paulus noſter eſt, *d. l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* cujus ſententia cum aliis locis, a quibus commode ſeparari non potuit, in contextum forte irrepſit. Qui negant Paulum ab aliis diſſenſiſſe, eos oportet eſſe egregios diſſidentium opinionum conciliatores.

Picturam Apellis vel Parrhaſii) Quid ergo, ſi non Apelles aliquis, aut Parrhaſius, Zeuxiſve aut Phidias ſed alius longe inferioris notæ pictor imaginem, in aliena tabula poſuerit? An dicemus; imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Juſtinianus inſignium tantum pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens eſſe Imperatoris, cum Cajus, cujus ſententiam hic ſequitur & approbat, ſimpliciter pronunciet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Et ſane non ſatis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in univerſum mutari, quod hic factum eſt. Quamobrem exiſtimo, Juſtinianum exempli tantum cauſa inſignium horum pictorum meminiſſe, in univerſum autem non artificis, ſed artis præſtantiam, cum ceteris ſpectaſſe: ita propemodum & D. Tulden. *hic c. 38.* & Fabrot, *ad Theoph.* De Apelle, Parrhaſio, aliiſque primæ notæ pictoribus antiquis vid. Plin. *dd. loc.* Vinn. Immo veram rationem attigiſſe videtur Em. Merillius *Obſ. Lib. VIII. cap. 28.* quod per picturam fiat quædam ſpecificatio. Eam rationem probari etiam video V. C. Schultingio ad Caj. *Inſt. II., 1. 4. p. 82.* Hein.

Is qui pinxit, eam petat, nec ſolvat pretium tabulæ) Ex ſententia Juſtiniani & Caji competit ei, qui pinxit, adverſus dominum tabulæ, rei vindicatio. Hinc

quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne eum re ſua pretium quoque alieno facto amittat, placuit, eum qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quam ſi pretium tabulæ inferat, alioqui nocituram ei doli mali exceptionem. *d. l. 9. §. 2.*

Conſequens eſt ut utilis actio domino tabulæ) At cui conſequens? Nihil enim hactenus dictum, unde hoc conſequatur. Imo ex eo, quod tabulam picturæ cedere dictum eſt, eumque, qui pinxit, dominum tabulæ fieri, contra potius colligas, priori tabulæ domino
3 omnem omnino vindicationem negari. Verum arbitror, Juſtinianum hoc ſignificare velle; cum omnibus, qui rem ſuam ſine facto ſuo hoc jure amittunt, actione aliqua ſuccurratur, qua; ſi non rem, ſaltem pretium conſequantur, æquiſſimam eſſe, ut ſubveniatur & domino tabulæ, qui rem ſuam ſimiliter amiſit: cumque eo nomine variæ comparatæ ſint actiones pro conditione rerum junctarum veluti ad exhibendum, ſi ſeparari poſſunt; *l. 6. ad exhib.* ſi non poſſunt, actio in factum: *d. l. in rem 23. §. item quæcunque 5. de rei vind.* nonnunquam etiam ex æquo & bono contra ſeveritatem juris detur utilis in rem, ut in ſpecie *l. 5. §. de arbore 3. eod. tit.* quæ prope abeſt a noſtra: placere etiam hanc eadem æquitatis ratione domino tabulæ accommodari. Et fortaſſis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc reſpectu etiam quodammodo ejuſdem: nam & materia, quæ ædificio juncta eſt, ſimili ratione ejuſdem manere dicitur; nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in priſtinam cauſam tabula redeat, & recte poſſit a domino vindicari, *arg. l. ſi habitator 59. de rei vind. l. 2. C. eod.* contra quam exiſtimat Cantiuncula.

4 *Nec ſolvat impenſam picturæ*) Quid ergo, ſi pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato? uter audiendus? Haud dubie pictor: quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adverſus poſſeſſorem dominum tabulæ actionem habet; qua ſcilicet efficaciter experiatur, etiamſi poſſeſſor retinere malit, paratus ſolvere impenſam picturæ, ut recte poſt Gloſſam communiter interpretes cenſent; quibus proinde etiam in eo aſſentior; quod in
5 concurſu adverſus tertium poſſeſſorem, eum qui pinxit, domino tabulæ præferunt: licet D. Donellus *lib. IV. comm. c. 36.* contra diſputet, neutrumque alteri velit præferri, ſed occupantis meliorem eſſe conditionem; in eo errans, quod exiſtimat, utilem in rem actionem in ſpecie propoſita ejuſdem eſſe efficaciæ, cujus eſt directa, contra mentem Imperatoris & Juriſconſulti, quos manifeſtum eſt, ſicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam, pictorem quam dominum tabulæ, actionem directam quam utilem potiorem eſſe voluiſſe. Diſputatio autem Fabri, quando actio utilis directæ præferatur, huc non pertinet: ſed locum habet in actionibus in perſonam, aut ubi quis a domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphyteuta & ſuperficiarius.

Utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, &c.) Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris nullo modo conſultum eſt? Et doli quidem mali exceptio aperte hic poſſidendi denegatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Ceterum omiſſa exceptione doli, poteritne ſaltem (quod Weſembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æſtimatione; cum mala fides non impediat quominus hiſce modis per acceſſionem dominium quæratur; *§. ſi tamen 26. ſup. eod.* Mihi videtur Juſtinia- 6
nus non obſcure ei qui ſciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare, qua ſupra denegavit ei, qui ſciens ædificavit in alieno ſolo; nimirum quod hic pictor operam ſuam & rem, quam contulit, ſua voluntate amiſiſſe intelligatur, ſicut ille operam & materiam. Quod ſi poſſidenti nullam damus exceptionem, multo minus amiſſa poſſeſſione erit ei in rem actio adverſus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

TEXTUS.

De fructibus bona fide perceptis.

35 *Si quis a non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet juſta cauſa, æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Et ideo ſi poſtea dominus ſupervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt. Et vero qui alienum fundum ſciens, poſſederit, non idem conceſſum eſt: itaque cum fundo etiam fructus, licet conſumpti ſint, cogitur reſtituere.*

NOTÆ.

35. *Vel ex donatione*) Igitur male diſtinguit Pac. inter poſſeſſorem ex cauſa oneroſa & lucrativa.

Alia juſta cauſa) Idonea ad transferendum dominium, ut ſunt venditio, permutatio, donatio, &c.

Placuit fructus) Non induſtriales tantum, ſed etiam naturales, *ασπαρτȣς ϗ ανηροτȣς*, *l. 48. D. h. t. l. 78. D. de rei vind. l. 13. quib. mod. uſ. am.* Nam b. f. poſſeſſor fructus jure ſoli percipit, atque eo jure, quod dominis prædiorum tributum, eive, qui agrum vectigalem habet, *l. 25. §. 1. D. de uſur.* Obſt. *l. 45. D. d. t.* Reſp. Intelligenda eſt de poſſeſſoribus, qui juſtum titulum non habent.

Fructibus conſumptis) *§. 2. inf. de off. jud. l. 4. §. 2. D. fin. reg.* Ex contrario igitur extantes omnes reſtituere tenetur: quod & traditum *l. 22. C. de rei vind.*

Qui alienum fundum ſciens) Malæ fidei poſſeſſor cum ipſa re etiam fructus, licet conſumpti ſint, reſtituere cogitur, *d. l. 22.* teneturque de extantibus rei vindicatione, de conſumptis condictione, *l. 3. C. de cond. ex leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit fructus, & quotuplex.*
2. *In perſona acquirentis qua ſpectanda.*
3. *Quando fructus percepti intelligantur.*
4. *Præcipuam & adæquatam hujus acquiſitionis cauſam eſſe poſſeſſoris bonam fidem.*
5. *Denegari poſſeſſori fructuum acquiſitionem, ex quo cognovit rem alienam eſſe.*

6. Ni-

6. *Nihil in propoſito intereſſe, titulo oneroſo poſſideat quis, an lucrativo.*
7. *Oſtenditur multis cum rationibus, tum exemplis, qualitatem fructuum nihil de hac acquiſitione mutare.*
8. *Pomponius cum aliis conciliatus.*
9. *Bona fidei poſſeſſorem fructus omnes conſumptos lucrari, non conſumptos reſtituere.*
10. *An bon. fid. poſſeſſor conſumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex iis locupletior factus eſt.*
11. *Quid circa præſentem diſputationem in praxi obtineat.*
12. *Mala fidei poſſeſſorem, nullos fructus aut percipiendo ſuos facere, aut conſumendo lucrari.*

Modos acquirendi, jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita ſupra diſtinximus; quod quædam eo jure nobis acquirantur facto noſtro & occupatione; quædam ſolius rei noſtræ beneficio ac poteſtate: in quibus tamen explicandis ordinem a Compoſitoribus ſervatum hic ſequi neceſſe fuit: & fere jam hi modi etiam ſpeciatim a nobis expoſiti ſunt: omnes quidem omnino & ſinguli, quibus ſine facto noſtro ſola rei noſtræ vi acquirimus: quibus vero facto noſtro, paucis exceptis, ſcilicet inventione theſauri, & apprehenſione rerum, quæ a dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur: de quibus adhuc poſtea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri poſſe acquiſitio fructuum ex re aliena bona fide poſſeſſa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei poſſeſſoris, jure & poteſtate rei ſuæ unde non naſcuntur; neque ſolo ipſius facto puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei poſſeſſoris atque ab alio percepti, agrove ab alio conſito, bonæ fidei poſſeſſoris non fierent. licet perceptio in bonæ fidei poſſeſſore ſit cauſa ſine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquiſitionis defendi poſſe: nam cum inter cetera, quæ poteſtate rei noſtræ jure gentium acquirimus, vel maxime ſint fructus, qui ex ea naſcuntur, *l. qui ſcit.* 25. *in pr.* & §. 1. *de uſur. l.* 1. & *l.* 6. *hoc tit. l.* 11. *C. de rei vind.* §. *item ea.* 19. *ſup. eod.* ejuſdem quoque juris rationi convenire videtur, ut iidem fructus noſtri maneant, etiam cum a re, unde extiterunt, ſeparati ſunt. Nam ſi fructus pendentes pars ſunt fundi & ejus, qui fundi dominus eſt, *l. fructus pendentes* 44. *de rei vind.* neceſſe eſt etiam ſeparatos ejuſdem manere: id enim eſt quod dicitur, meum eſſe, quod ex re mea ſupereſt, *l. ſolum.* 49. §. 1. *d. tit.* Et res ita habet. Ceterum hæc acquiſitio iſtius regulæ quædam exceptio eſt; placuitque hic rem ipſam potius, quæ acquiritur, & perſonas acquirentium, quam modum formamve acquiſitionis communem ſpectari. Tres igitur cauſæ ſunt, quæ huic acquiſitioni locum faciunt; res, quæ acquiritur; perſona acquirentis: acquirendi ratio & modus. Res, quæ acquiritur; ſunt fructus.

1 Fructus, teſte Varrone IV. *de ling.* a ferendo dictus eſt, ut ſit omne id, quod res ferat. VINN. Hæc non reperio apud Varronem, qui *lib.* IV. *cap.* 4. *fruges* & *fructus* derivare videtur a *fruendo*, ſpicas a ſpe, culmum a culmine. Ceterum fructus proprie dicuntur, ex ipſo corpore obvenientes. Qui rei tantum occaſione ad nos redeunt, proprie fructus non ſunt, *l.* 121. *ff. de V. S.* Interpretatione tamen & hæc pro fructibus habentur. Et ita intelligenda, quæ apud auctorem ſequuntur. HEIN. Noſtri cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re naſcitur, vel per cauſam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum diviſio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei naſcuntur, ſed extrinſecus per occaſionem rei jure percipiuntur; cujus generis uſuræ, mercedes, penſiones, reditus annui, unde nec proprie fructus ſunt, *l. uſura* 121. *de verb. ſign. l. ſi navis.* 62. *de rei vind.* ſed in fructu numerantur, quia vicem fructuum obtinet, *l. videamus* 19. *l. uſura.* 34. *l. prædiorum.* 36. *de uſur. l. mercedes.* 29. *de her. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l. ancillarum* 27. §. 1. & 3. *ſeqq. d. tit. d. l. ſi navis.* 62. *de rei vind.* Ceterum de iſto genere hic non quæritur. Naturales fructus ſunt, quos natura ex re ipſa producit: eorumque duplex item poteſt eſſe conſideratio: aut enim natura ſola, & αυτοματως, ſponte magis, quam diligentia hominis, proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum: aut natura quidem adjutrice, ceterum facto magis & induſtria hominum: quos quia natura non producit, niſi accedat labor & induſtria hominis, induſtriales vulgus interpp. appellavit; cujuſmodi ſunt ſegetes, legumina, aliaque in agris ſata, *l. fructus* 45. *de uſur.* unde hæc diſtinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. l.* 7. §. *non ſolum.* 9. *ſol. matr.* Weſemb. *hic.* Don. IV. *comment.* 25. Menoch. *de arb. cap.* 120. *num.* 26. & ſane hæc abſque cura & ſumptu poſſeſſoris non proveniunt: ſed tamen non ideo minus fructus naturales cenſeri oportere contendit Pinell. in *l.* 2. *C. de reſc. vend. p.* 11. *c.* 4. *num.* 52. & D. Tulden. *c.* 45. poſt Curtium. 11. *conject. ad frat. cap.* 44. Ego cum Bartolo in *l.* & *ex diverſo.* 35. *de rei vind.* Covar. 1. *reſol.* 3. *n.* 6. exiſtimarem nonnihil hic tribuendum eſſe arbitrio judicis; quamvis id ad quæſtionem propoſitam parum faciat. Utut eſt, de utroque hoc genere, ſed ſolo, diſpu-
tatur hoc §. In perſona acquirentis duo exiguntur, 2
ut poſſideat, hoc eſt, animo & affectu dominantis rem teneat, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* ut poſſideat bona fide, id eſt, juſtam cauſam habeat, ob quam exiſtimet rem ad ſe pertinere, *l. qui a quolibet.* 27. *de cond. empt. l. bona fidei* 109. *de verb. ſign.* Modus horum fructuum acquirendorum eſt perceptio: nec intereſt, an ipſe poſſeſſor eos percipiat, an alius ſuo nomine, non poſſeſſoris, *l. ſi fructuarius.* 13. *quib. mod. uſufr. amitt. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *de uſur.* Percepti autem fructus intelli- 3
guntur, ſimul atque a re, qua tenebantur, ſeparati ſunt: in fundo, cum ſe terra continere deſierunt, veluti ſpica aut fœno cæſo, uva adempta, excuſſa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti ſint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. ſi fructuarius* 13. & *d. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *l. ſi ejus* 78. *de rei vind.* in animalibus, cum fœtus editus, lac expreſſum, lana detonſa eſt *l. in pecudum.* 28. *de uſur. l. bona* 48. *in fin. hoc tit.* Nonnunquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius deſignatur, quam ſimplex illa, quam dixi, fructuum a re ſeparatio: quomodo accipiendum quod Paulus ſcribit in *d. l. bona.* 48. fructus bonæ fidei poſ-

poſſeſſoris fieri etiam prius quam eos perceperit; nimirum prius quam perceperit plene & perfecte; prius quam eos collegerit, evexerit, quam ſpicam triverit, uvas, olivas expreſſerit, *d. l. ſi ejus. 78. de rei vind.* Tribuitur igitur hæc acquiſitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Naturali, ut ait Juſtinianus hic, nimirum propter culturam & curam poſſeſſoris percipientis. Sed enim neque ſola hæc acquiſitionis hujus ratio eſt, nec præcipua, ut patet ex iis, quæ jam diſputata ſunt: &, ſi culturæ tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc ſolum poſſeſſori concedendum eſſet, ut impenſam & operam in colendo & curando præſtitam imputet, atque ad eum duntaxat modum fructus deducere vel retinere poſſit, ſi aliter ei reſtitu-
4 tio non fiat. Principalis vero ratio in perſona poſſeſſoris quærenda: ea eſt bona fides, quippe quæ facit, ut poſſeſſor pene pro domino haberi debeat, *d. l. qui ſcit. 25. §. 1. de uſur. d. l. bona fidei. 48. hoc tit.* & hinc non tantum fructus, ſed & cetera fere omnia, quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei poſſeſſoribus: veluti amiſſa poſſeſſione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ uſucapi poſſunt, *§. namque ſi cui. 4. inſ. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.* item quæ ſervi alieni & liberi homines bona fide poſſeſſi ex operis ſuis aut re poſſeſſoris acquirunt, *§. 4. verſ. idem placet. inſ. per quas perſ. cuiq. acq.* In ſumma, bona fides, tantundem præſtat poſſidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non eſt, ut ait Juriſconſ. in *l. bona fides. 136. de reg. jur.* Vinn. Non ignotus hic JCtorum diſſenſus. Alii culturam & curam ſtatuunt eſſe hujus acquiſitionis cauſſam: alii cum auctore noſtro bonam fidem. Hinc illi induſtriales tantum, hi & naturales fructus b. f. poſſeſſori adquiri putant. Res clara videtur. Cauſſa proxima eſt *cultura & cura*, id eſt qualiſcumque cura rei impenſa. Culturam enim & curam ſynonyma hic eſſe, pridem docuit V. C. Ger. Noodt *Probab.* II, 7. Aſt cauſa remota eſt bona fides. Hinc tametſi bonæ & malæ fidei poſſeſſor eamdem curam rei impendant: tamen hic fructus non acquirit, quia ipſi nec color nec jus colendi fuit. Rem elegante loco ex Terentii Adelph. *act. v. ſcen. 3. v. 27.* illuſtrat laudatus Noodt *Comm. ad ff. tit. de rei vind. p. 197. Tom. II. Op.* An ergo naturales fructus adquirit b. f. poſſeſſor? Omnino, quia nulla res quæ ſi non culturam, ſaltim curam aliquam exigat. Hein.

Quem dominum eſſe crediderit) In hoc potiſſimum verſatur bona fides. Nihil autem intereſt, putaverit eum dominum eſſe, qui non erat; an ſciverit dominum non eſſe, & putaverit eum jus alienandi a domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe *l. bona fidei. 109. de verb. ſign. l. ult. pro empt. l. 13. §. 1. & l. ſeq. de Publ. in rem act. l. qui a quolibet. 27. de cont. empt.* At enim ſi dominum eſſe exiſtimet, neceſſe eſt, ut ſimul credat eſſe eum, cui rerum ſuarum alienatio non ſit interdicta: nam ſi, verbi cauſa a pupillo, quem dominum putet; rem emerit ſine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emiſſe, *d. l. 13. §. 2. de Public. d. l. qui a quolibet. 27. de cont. empt.* ſi tutorem putet, ut credat etiam ſe ab eo emere, lege non prohibente, *d. l. 13. §. 2. l. lex quæ. 22. C. de adm. tut.* ſi exiſtimet procuratorem, ut putet, aut eſſe eum, cui nominatim de re tradenda mandatum ſit; aut eum, cui libera negotiorum omnium adminiſtratio a domino permiſſa, *l. jusjurandum. 17. in fin. de jurejur. l. 9. §. nihil autem. 4. hoc tit.*

Aliave juſta cauſa) Nam cum nunquam nuda traditio dominium transferat, non aliter exiſtimare poteſt rem in ſe transferri, quam ſi juſta cauſa præcedat, propter quam traditio ſequatur, *l. nunquam. 13. hoc tit. d. l. 13. §. 2. de Publ. in rem act.* Juſtam autem cauſam appellat juſtum titulum, ex quo ſi res a domino, eove, qui jus transferendi habet, traderetur, dominium ſtatim in accipientem tranſiret: cujuſmodi cauſæ ſunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, noxæ deditio, tranſactio, adjudicatio, *l. 1. & ſeqq. de Publ. in rem act.* Nec ſufficit putare, titulum interveniſſe, ſi non intervenerit: nam ut falſa exiſtimatio noſtra uſucapionem non parit, ita nec ad fructuum acquiſitionem prodeſſe debet; niſi forte huic noſtræ opinioni cauſam dederit, juſta & probabilis facti ignorantia, vid. *inſ. de uſuc. §. error. 6.*

Æque bona fide acceperit) Neque ſufficit, poſſeſſorem 5
rem ab initio bona fide accepiſſe, ſi poſtea cognoverit rem alienam eſſe: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei poſſeſſor eſſe deſinit, ita quoque ei denegatur fructuum acquiſitio, *l. qui bona. 23. §. 1. hoc tit.* licet uſucapio ipſius rei adhuc procedat, *l. pen. pro empt. l. un. C. de uſuc. transf.* quippe in uſucapione tantum una acquiſitio eſt, & ideo in ea ſufficit, vel initium poſſeſſionis juſtum eſſe: in fructibus autem acquirendis, ut multæ ſunt acquiſitiones, ita & in ſingulis bona fides ſpectanda, nec unum initium, ut in uſucapione, ſed ſingula momenta, *d. l. qui bona. 23. §. 1. l. bona fidei. 48. §. 1. hoc tit.* Contrarium tamen videri poteſt, quod ſcribit Julian. *l. qui ſcit. 25. §. 2. de uſur.* bonæ fidei poſſeſſorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi, qui poſtea cognovit, rem alienam eſſe, quamdiu ea evicta non fuerit: niſi dicamus cum Gloſſa & Bart. Julianum nihil aliud ſignificare voluiſſe, quam hujuſmodi poſſeſſorem manere interim in poſſeſſione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo, qui ſe dominum eſſe intendit, pendente lite, quamdiu de ſcientia nondum vere conſtat, turbari poſſe: at re evicta & legitimo judicio ablata, ſi de reſtitutione & effectu acquiſitionis quæratur, retroverſus malæ fidei poſſeſſorem intelligi, ex quo res ab eo petita eſt, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei poſſeſſorem: & ſane hoc probabilius eſt, quam quod Baroni in hunc §. Copo *lib. II. de fruct. t. 4. c. 5.* D. Tuldeno *hic c. 48.* videtur, Juriſconſ. inter ſe diſſenſiſſe. Ait, *acceperit*: etenim aliter nec poſſidet, nec putare poteſt, rem ſuam eſſe, licet conventio præceſſerit: non enim nudis pactis, ſed traditionibus, dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus. 20. C. de pact.* Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in poſſeſſore præſumi: atque inde eſſe, quod non ipſe poſſeſſor de bona ſua fide docere cogatur, ſed adverſarius contrarium oſtendere debeat, *l. quoties. 18. §. 1. de probat. l. pen. C. de evict.* D. Weſemb. *n. 4.*

Fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura) Cum in perſona poſſeſſoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, ſola perceptione, adeoque ſola ſeparatione a re, qua tenebantur, fructus poſſeſſoris fieri.

Non

6 Non intereſt quo titulo poſſideat, oneroſo, an lucrativo: nam & eum, qui ex cauſa donationis rem accepit, diſerte cum emptore in hac quæſtione exæquat
7 Juſtinianus. Sed neque fructuum conditio quicquam de hac acquiſitione mutare videtur, & non tantum fructus induſtriales, ſed naturales etiam ad hanc acquiſitionis ſpeciem pertinere. Nam generaliter atque indiſtincte loquitur hic Imperator & Juriſconſulti in *l. bona fidei*, 48. *hoc tit. l. ſi ejus.* 78. *de rei vind. l.* 13. *quib. mod. uſ. am.* Caji quoque ratio generalis eſt in *l. in pecudum.* 28. *de uſur.* ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia in fructu eſt. Ait quidem Juſtinianus hic, fructus bonæ fidei poſſeſſoris fieri pro cultura & cura: at vix ulla res eſt, quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ; oleæ attonderi & intertadi gaudent, Plin. *lib.* xv. *c.* 1. Sed & ſi qui fructus ſine cultura aut cura proveniant, ut ſilvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus ſilveſtres, nihilo tamen minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata acquiſitionis fructuum ratio eſt bona fides poſſeſſoris, quæ efficit, ut tanquam dominus jure ſoli fructus percipiat: & conſequenter ergo etiam eos percipiendo ſuos facit, in quos neque culturam neque curam ipſe impendit: *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *de uſur.* tantum qui ἐπὶ τὸ πολὺ accidit, ut fructus ſine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc a Juſtiniano expreſſa eſt. Evincitur hoc, quod dico, etiam ex eo, quod mox ſubjicit de fructibus conſumptis: ait enim, quos fructus poſſeſſor percipiendo ſuos fecit, de iis conſumptis dominum ſupervenientem, & rem ſuam vindicantem agere non poſſe, hoc eſt, poſſeſſorem eos conſumptos lucrari: at lucratur conſumptos omnes, *l.* 4. §. 2. *fin. reg. l. certum.* 22. *C. de rei vind.* §. 2. *inſ. de off. jud.* ergo & perceptos interim ſuos omnes facit. Exemplis quoque demonſtrari poteſt, non induſtriales tantum, ſed etiam naturales fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris, ſimul atque a ſolo aut re, qua tenebantur, ſeparati ſunt. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana ſcribit Cajus in *d. l. in pecudum.* 28. *de uſur.* & Paulus, in *l. bona fidei.* 48. §. *ult. hoc tit.* hos fructus ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris: quia video eſſe, qui fructus pecudum pro induſtrialibus in hoc argumento habendos exiſtimant, propterea quod, ut modo dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas poſſeſſori ſumptus facere neceſſe ſit: quamvis Cajus non aliam harum rerum acquiſitionis rationem reddat, quam quod in fructu ſint. Fortaſſis & uves iidem ob eandem cauſam inter fructus induſtriales numerabunt, ideoque quod uvam ademptam legimus ſtatim bonæ fidei poſſeſſoris fieri, negabunt, huc pertinere. At certe oleam negare non poterunt eſſe vel maxime fructum naturalem: quippe quæ teſte Plinio *lib.* xv. *cap.* 1. nullam omnino culturam aut curam deſideret, & Virgilius *lib.* 11. *Georg.* v. 420. *ſeqq.* de oleis ſic ſcribit.

Contra, non ulla eſt oleis cultura, neque illa
Procurvam expectant falcem, raſtroſque tenaces,
Cum ſemel hæſerunt arvis.

Duobus autem locis manifeſte proditum eſt, etiam oleam, mox cum percepta ſive excuſſa aut lecta eſt, bonæ fidei poſſeſſori acquiri, *l. ſi fructuarius.* 13. *quib. mod. uſufr. am. l. ſi ejus* 78. *de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum eſſe naturalem: at non minus fœnum, quam ſpicam, ſimul atque a ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri, traditum eſt in *d. l.* 13. *quib. mod. uſ. am.* Poſtremo omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l. bona fidei* 48. *hoc tit. in pr.* ubi ſic ſcribit: *Bona fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re ſuos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.* Nam Gloſſæ ad hunc locum interpretatio, & DD. qui eam ſequuntur, inter quos ex recentioribus etiam eſt D. Bachovius, inconcinna & violenta eſt. Hi illa Pauli verba (*ſed omnes*) ad fructus induſtriales coarctant, qui alterius, quam bonæ fidei poſſeſſoris opera proveniunt. Sed quis non videt, verbum (*omnes*) a Paulo non ad operantes, ſed ad fructus ipſos referri, eoque denotari fructus diverſæ ſpeciei, & qualitatis ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire. Evincit hoc ipſam etiam ratio, quam mox ſubjicit, quia quod ad fructus attinet, bonæ fidei poſſeſſor loco domini pene ſit: cujuſmodi item eſt, quod Julian. ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus jure ſoli percipere, atque eo jure, quod dominis prædiorum, eive qui agrum vectigalem habet, tributum eſt, *d. l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſur.* unde ſatis manifeſte apparet, præcipuam hujus acquiſitionis cauſam non eſſe operam aut induſtriam poſſeſſoris: ſed fructus omnes, qui ex ſolo naſcuntur, etiam ἀσπαρτους, & ἀνηροτους eo pertinere. Et vero ſi percipiendo ſibi acquirit etiam ab alio ſatos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque cura illius facit, ſi non ut naſcantur, ſaltem ut conſerventur? Unus juris locus eſt, qui interpp. adegit, ut in hac acquiſitione fructus naturales ab induſtrialibus diſtinguerent: is eſt Pomponii, *l. fructus* 45. *de uſur.* Quærit eo loco de conjuge poſſeſſore rei a conjuge donatæ: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantum ſuos facere, qui ex operis ejus provenerunt; ceterum ſi pomum decerpſerit, vel ſilvam ceciderit, ejus eum fructum non fieri, ſicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris: quia non ex facto ejus is fructus naſcatur. Hic Juriſconſultum ſatis aperte ſic loqui arbitrantur, ut fructus naturales ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere exiſtimet: quod tamen non ita eſt. Non enim ait, nullius bonæ fidei poſſeſſoris eum fructum fieri, ſed non cujuslibet: quæ enunciatio non eſt generalis, ſed particularis, ut oſtendit nota particularis attributionis, quæ hic eſt negatio univerſalis. Qui dicit, *Non cuivis homini licet adire Corinthum*, is tacite fatetur alicui hoc contingere. Et cum idem JCt. *l.* 6. *pr. Pand. de cont. empt.* ait non cujuſque rei venditionem & alienationem eſſe, id non hanc habet ſententiam, nullius rei eſſe venditionem, quod falſum eſſe vel pueri ſciunt, ſed quarundam duntaxat rerum non eſſe, nempe earum, quas vel natura, vel jus gentium, vel mores civitatis commercio exemerunt, ceterarum autem rerum eſſe. *l.* 34. §. 1. *D. d. tit.* Igitur in hac enunciatione: *Non omnis aut non quilibet bona fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos facit*, cum conſequens non omni antecedenti attribuatur, ſed ſolummodo ejus parti alicui, ſatis apparet,

Pom-

Pomponium non eodem jure in propoſito omnes bonæ fidei poſſeſſores cenſere; & tacite duo genera talium poſſeſſorum facere; unum eorum, qui fructus naturales ſuos non faciant, alterum, qui faciant. Atque ita eſt. Non enim omnis bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales percipiendo ſuos facit; ſed is ſolum, ut ante dictum eſt, qui juſto titulo poſſidet, cauſamque juſtam habet, cur exiſtimet rem ad ſe pertinere: qui autem juſto titulo deſtituitur, quamvis in jure errans ſe dominum factum putet, naturales fructus ſuos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis proſit, *l.4.l.7.& 8.de jur.& fact.ign.* licet alioqui non malæ, ſed bonæ fidei poſſeſſor exiſtimari debeat, quicunque dolo caret, etſi in jure errat, *arg.l.ubi lex 24.l.ſi fur. 32. §. 1. de uſuc. l. ſed etſi 25. §. ſcire 6. de her.pet.* add. Gœdd. ad *l. bona fidei 109. de verb. ſign.* nec ſequitur; injuſte ſeu titulo invalido poſſidet, ergo mala fide. Poſſeſſor prædii minoris ſine decreto alienati poſſidet injuſte, bona tamen fide poſſidet, ſi ignorans rem minoris eſſe, aut in jure errans rem emit, fructuſque induſtriales propter bonam fidem ſuos facit, *l.2.C.ſi quis ign. rem min.* Talis etiam eſt poſſeſſor fundi dotalis a marito alienati, item rei litigioſæ, & qui a falſo tutore emit, *l.13. §.ult. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento eſt, bona fides in compendiis poſſeſſori non prodeſt, *d.l.24. de uſucap.* Toties autem impedimento eſt, quoties poſſeſſorem vult teneri in quantum locupletior factus eſt, ut poſſeſſorem hæreditatis, *l.25. § conſuluit 11. de her.pet.* item in caſu *l.8. C. de don.int.vir.& ux.* & denique qui ex ea cauſa poſſidet, quæ poſtea ad non cauſam redacta eſt, *l.3.de cond.ind.* Atque de hoc genere bonæ fidei poſſeſſorum locus Pomponii accipiendus eſt; quippe qui & ſoli ſimiles ſunt iis, de quibus illic quæritur, & in lucris ceterorum bonæ fidei poſſeſſorum jure non cenſentur: ita ferme & Weſembec. *hic* Pinel. ad *l.2.C. de reſc.vend.part.2.cap.4.num.59.* Fachin.1.*contr.*57. Paul. Buſ. ad *d. l.45.* Timæus Fab.*diſput.anniverſ.*XIV.*theſ.*5. Tulden. *c.* 50. *hic.* Vinn. Hunc locum alii aliter interpretantur. Ego ita cenſeo. Bonæ fidei poſſeſſor eſt, vel qui credit ſe dominum eſſe, vel qui & juſtam id credendi cauſam habet, puta juſtum titulum. De poſterioris generis poſſeſſore bonæ fidei loquitur Imperator in hoc paragrapho, ut docent verba: *Bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave* JUSTA CAUSA *æque bona fide acceperit.* Et hujuſmodi b.f. poſſeſſor omnes fructus ſuos facit. Aſt in hac *l.45. ff.de uſur.* Pomponius loquitur de marito, cui uxor fundum donaverat. Erat ergo maritus in bona fide ſenſu priore: putabat enim ſe dominum. Aſt non ſenſu poſteriore; quia nulla præceſſerat juſta cauſſa. Nam donationes inter virum, & uxorem manifeſto ex legibus irritæ ſunt. An itaque & hic omnes fructus ſuos facit? minime, ſed induſtriales tantum non naturales. Illos enim donare potuit uxor, quia non fit pauperior, dum vir fructus ſuis operis, & impenſis acquirit. Hos donare non potuit. Jam verba Pomponii ita interpretor: *Si pomum decerpſerit, vel ex ſilva cadit, non fit ejus, ſicut nec cujuslibet* (id eſt ullius) *bonæ fidei poſſeſſoris*, (ſive juſta cauſſa poſſidentis, & tamen ſe putantis dominum, qualis hic maritus eſt,) *quia non ex facto ejus fructus naſcitur*, (adeoque cum uxoris damno locupletior fit) Hein.

(*De fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt*) Hoc idem traditur *§.2. inf. de off. jud.* & Paulus in *l.4. §. 2. fin. reg.* ait, bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari. Unde ſequitur ex contrario, de non conſumptis, hoc eſt, extantibus adhuc, licet a ſolo ſeparatis, dominum agere poſſe, eoſque bonæ fidei poſſeſſorem non lucrari) quod & expreſſe traditum eſt, *l.certum 22. C. de rei vind.* (quam ob cauſam Africanus conſumptos demum ſuos facere bonæ fidei poſſeſſorem ſcribit) *l.quæſitum 40. hoc tit.* & Paul.*l.4. §.lana 19. de uſuc.* (conſumptos, vel uſucaptos: quia hi ſoli re evicta non reſtituuntur) Dubitandum autem non eſt, quin ut omnes, tam naturales quam induſtriales, conſumptos bonæ fidei poſſeſſor lucratur, ita vice verſa omnes, tam induſtriales, quam naturales, non conſumptos teneatur reſtituere, *arg. hujus §. & dd. loc.* nam quod maritus non reſtituit fructus induſtriales, licet adhuc extent in ſpecie, *l.fructus 45.de uſur.* id hanc rationem habet, quod maritus eos, permittente jure ſibi acquiſivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falſum eſt, quod hactenus probare conati ſumus, ſola perceptione fieri fructus bonæ fidei poſſeſſoris. Et vero falſum eſſet, ſi hæc eidem rei attribuerentur ὡσαύτως & eadem ratione (Sed ſciendum eſt, duplicem eſſe dominii acquiſitionem; unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem; alteram temporalem & revocabilem ex cauſa ſuperveniente, quæ dominii cauſam tollat: quale jus eſt mariti in re dotali, quod ſoluto matrimonio ab eo recedit) & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommiſſi in fideicommiſſarium tranſit: item heredis in re ſub conditione legata *l.non ideo 66.de rei vind. l. generaliter 29. §. 1. qui & a quib. man.* & tale quoque in propoſito jus eſt bonæ fidei poſſeſſoris in perceptis necdum conſumptis fructibus uſque ad evictionem. Nimirum cauſa hujus acquiſitionis præcipua eſt bona fides: quippe quæ efficit, ut poſſeſſor perinde quaſi dominus jure ſoli fructus ſuos facit, quamdiu de vero domino non conſtat: at eo ſuperveniente, ac rem ſuam vindicante, jam cauſa illa, & ſimul jus, quod dixi, ceſſare incipit, cogiturque poſſeſſor fructus omnes, qui modo tempore evictionis extant, officio judicis reſtituere) neque enim ſublato jure, quod in ſolo habebat, poſſeſſorem defendere poteſt, ut fructus retineat, ſola ratio culturæ & curæ: ſed ad id ſolum prodeſſe, ut oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervet, conſequaturque, ut dominus aut pretium ejus, quod impenſum eſt, ſolvat, aut ſi id nolit, patiatur ſumptus cum fructibus pro rata penſari, proque illis partem fructuum poſſeſſorem retinere, *arg l.ſi a domino 36. §.ult. de her. pet.* (Ipſe Paulus non obſcure hoc innuit *d.l.bona fidei 48.hoc tit.* illis verbis: *ſuos interim facit*, ne quis credat, ſola perceptione fructus ſic fieri poſſeſſoris, ut nunquam poſtea ſint reſtituendi) Neque vero exiſtimandum eſt, fruſtra conſtitutum eſſe, ut interim bonæ fidei poſſeſſor fructus ſola perceptione ſuos faciat; nam & ratio bonæ fidei hoc exigit: nec ſine effectu eſt; prodeſt enim bonæ fidei poſſeſſori ad hoc, ut ſi fructus ab alio percepti ſint & poſſideantur, eos tanquam ſuos vindicare poſſit, tribuitque ei jus fructibus, pro arbitrio ſuo utendi, eos pro utilitate, aut neceſſitate familiæ diſtrahendi, aut conſumendi:

Si-

cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem ſuam evincenti conſumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æſtimationem reſtituere deberet. Non nihil tamen hac in re nobis negotii facit, quod Cajus reſpondet *l. in pecudum* 28. *de uſur.* ea quæ in fructu ſunt, ſtatim pleno jure fieri bonæ fidei poſſeſſoris & fructuarii: nam quod ſtatim pleno jure acquiritur, id non poteſt dici conſumptione demum irrevocabiliter acquiri. Ad hoc igitur quid reſpondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit, bonæ fidei poſſeſſorem fructuum, ſimul ac percepti ſunt, ſtatim dominum fieri pleno jure aut in ſolidum, non continuo negare, jus illud ex cauſa eſſe revocabile: neque de eo laborare debuit Cajus in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non eſt, & ideo uſucapione demum acquiritur. Sic idem Cajus *l. generaliter* 29. §. 1. *qui & a quib. man.* ſcribit, ſervum ſub conditione legatum, pendente conditione pleno jure hæredis eſſe: quem tamen conſtat deficiente demum conditione fieri hæredis irrevocabiliter. Illud non magni momenti eſt, quod bonæ fidei poſſeſſor dicitur idem jus habere quod dominis prædiorum tributum eſt, & plus etiam juris, quam habet fructuarius. *l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſur.* Nam ſi hoc ſimpliciter verum eſſet, ne naturales quidem fructus extantes reſtitueret: & loquitur expreſſe Juriſconſultus de jure fructus ab initio ac-
10 quirendi. De conſumptis porro quæſitum eſt, an non ſaltem bonæ fidei poſſeſſor ad reſtitutionem eorum teneatur, quatenus ex iis factus eſt locupletior. Et verius eſt eum non teneri. Nam primo textus omnes, qui de conſumptis fructibus loquuntur, generaliter & ſine ulla diſtinctione negant, eorum nomine bonæ fidei poſſeſſorem teneri, & Impp. in *l. 22. C. de rei vind.* ajunt eum teneri nomine extantium duntaxat, quaſi de conſumptis inquirendum non ſit. Adhæc tantum tribuit bonæ fidei poſſeſſori conſumptio, quantum uſucapio; *l. 4. §. lana* 19. *de uſucap.* at uſucaptorum nihil reſtituitur: & poſtremo, quod bene notandum eſt; dicitur bonæ fidei poſſeſſor fructus conſumptos lucrari, *l. 4. §. 2. fin. reg.* quod utique falſum eſſet, ſi eos, quatenus locupletatus eſſet, teneretur reſtituere: nemo enim ſine lucro locupletatur. Non obſtat, quod in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei poſſeſſor teneatur in quantum locupletior factus eſt, *l. ſed & ſi* 25. §. *conſuluit* 11. *l. illud* 40. §. 1. *de her. pet. l. 1. C. eod.* Non enim eadem in propoſito judicii univerſalis & rerum ſingularum petitionis ratio eſt. Nam petitio hæreditatis non tantum in rem eſt, ſed etiam præſtationes perſonales habet, *l. 7. C. de pet. her. l. 25. §. 18. eod.* atque ut mitius cum poſſeſſore agitur in petitione hæreditatis, quam in rei ſingularis vindicatione, (quippe Senatus ita poſſeſſori pro hærede conſuluit, ut ſi quid dilapidaverit aut perdiderit, dum ſua ſe re abuti putat, non teneatur) ita viciſſim æquum eſt, ut præſtet, ſi quid lucri ex hæreditate conſecutus ſit: eique ſufficere debet, ſi damno non afficiatur, *d. l. 25. §. conſuluit*. Adhæc nec titulum habet poſſeſſor hæreditatis, & fructus ab eo percepti ſtatim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipſamque augent hæreditatem: ut nec ab initio quicquam hic ſuum faciat, aut conſumptum poſtea lucretur: unde fit, ut eodem jure, quo ipſa corpora hæreditaria & fructus, petantur, atque in reſtitutionem hæreditatis veniant, *l. item veniunt* 20. §. 3. *l. poſt ſenatuſconſult.* 28. *l. illud* 40. §. 1. *de her. pet. l. 1. & l. 2. C. eod.* In particularibus autem judiciis non ſolet res in locum pretii, aut contra ſuccedere, *l. 7. in fin. qui pot. in pign.* Nec multum abſimilis eſt ratio condictionis indebiti ſoluti, in quam fructus veniunt jure obligationis, & hoc quatenus is, qui accepit, ex his locupletior factus eſt, *l. indebiti* 15. *l. ſi non ſortem* 26. *l. liberius* 12. *l. in ſumma* 65. §. *pen. l. pen. de cond. ind.* ita fere & Ant. Fab. IV. *conj.* 17. Diod. Tulden. *hic c. 44. & ſeqq.* Perez. *ad tit. C. de rei vind. n. 17.*
& ſeq. Quod ad praxim attinet, teſtis eſt Pinel. *in l. 2.* 11
C. de reſc. vend. p. 2. c. 4. n. 60. ita nunc ubique in judiciis uſu ſervari, ut poſſeſſor bonæ fidei in univerſum a fructibus ante inchoatum judicium perceptis abſolvatur, neque de conſumptis unquam quæratur, locupletior ex iis factus ſit, nec ne. Sed & nunquam inquiri de iis, qui ſimiliter ante rem in judicium deductam percepti ſunt, utrum bonæ fidei poſſeſſor eos conſumpſerit, an vero adhuc extent, tantumque ſervari formam *l. certum* 22. *C. de rei vind.* in fructibus perceptis poſt litis conteſtationem: quod & rationem habet, ſcilicet ut litium ambages vitentur: & placet D. Nic. Tuldeno *in annot. ad prax. rer. civ.* Damhoud. *c. 104. n. 13.* Idem quoque ſentire videtur D. Grot. II. *manuduct.* 6. cum ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem in perceptione fructuum ſimilem eſſe fructuario, add. Groenew. *de ll. abrog. ad l. 22. C. de rei vind.*

Et vero qui alienum fundum ſciens) Fructuum jure 12
ſoli acquiſitio non tribuitur cuivis poſſeſſori, ſed poſſeſſori bonæ fidei duntaxat: nam malæ fidei poſſeſſor, ut nullum jus in ſolo habet, ita nec ullos fructus aut percipiendo interim ſuos facit, aut conſumendo lucratur; ſed cogitur cum ipſa re etiam fructus, licet conſumpti ſint, reſtituere, ut *hic & d. l. 22. C. de rei vind.* Sed neque per retentionem, oppoſita doli mali exceptione, ſumptus a ſe factos ſervare poterit, ſi res vindicabitur, arg. eorum, quæ tradidimus *ſup. ad §. ex diverſo* 30. *& aliquot ſeqq. eod.* exceptis ſumptibus factis fructuum quærendorum gratia, *l. 36. in fin. & l. ſeq. de her. petit.* Nec illud refert, ab initio quis mala fide poſſederit, an poſtea poſſidere cœperit: nam & hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam eſſe, fructus ſuos facere deſinit, *l. qui bona* 23. §. 1. *l. bona fidei* 48. §. 1. *hoc tit.* Poſtremo huc pertinent poſſeſſores omnes poſt litem conteſtatam, §. 2. *inf. de off. jud. d. l. certum* 22. *C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp l. 4. §. 2. fin. reg.* quoniam poſt motam controverſiam poſseſsores omnes in cauſa fructuum pares ſunt, & quaſi prædones tenentur, *l. ſed & ſi* 25. §. *ſi ante* 7. *de her. pet. l. nemo* 10. *C. de long. temp. præſc.* ac proinde & ſi fructus a bonæ fidei poſseſsore ante judicium percepti ſint, ſed poſt litem demum conteſtatam conſumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur; quia in omne reſtituendum eſt, quod habiturus eſset petitor, ſi tempore judicii accepti reſtitutio facta fuiſset, *l. præterea* 20. *de rei vind. l. 2. de uſur. l. ædiles* 25. §. *antepen. de ædil. edict.* In ſumma poſseſsores malæ fidei, quales item habentur poſt litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipſa reſtituere debent, *d. l. certum* 22. *C. de rei vind.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de conſumptis condictione, ſcilicet ad æſtimationem, quæ

vice rei fungitur, *l.* 3. *C. de cond. ex leg. l.* 4. §. 2. *fin. reg. l.* 4. *C. de crim. expil. hær.* Tenentur vero non tantum de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honeſte percipi potuerunt: in quo perſona non poſſeſſoris, ſed petitoris ſpectatur: neque hic poſſeſſori patrocinari debet, quod titulo poſſideat: quippe titulus a dolo non excuſat: negligentia autem poſſeſſoris doloſi domino nocere non debet quo minus conſequatur, quod conſequi potuiſſet, ſi ipſi licuiſſet rem poſſidere, vid. *l. fructus* 33. *l. ſi navis* 62. §. 1. *de rei vind. l.* 5. *C. eod.* §. 2. *inſ. de off. jud. l. ait prætor* 10. §. *& fructus* 20. *quæ in fraud. cred. l.* 4. *C. unde vi. l. ſed etſi* 25. §. 4. *de hær. pet. l.* 1. *C. eod.* Cod. *lib.* 11. *de fructib. tit.* 4. *c.* 2. Buſ. *ad l.* 20. *de hær. pet.* Tulden. *hic cap.* 53.

TEXTUS.

A fructuario & colono perceptis.

36. *Is vero, ad quem uſusfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam ſi ipſe eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis deceſſerit, ad hæredis ejus non pertinent, ſed domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere & de colono dicuntur.*

NOTÆ.

36. *Si ipſe perceperit*) Vel alius ejus nomine, *l.* 13. *quib. mod. uſ. am. l.* 25. §. 1. *de uſur.* Quod ſi ſponte deciderint, aut alius eos ſuo nomine ſeparaverit, non ante ejus fiunt, quam poſſeſſionem eorum nactus ſit, *l.* 12. §. *ult. de uſufr.*

Ad hæredes ejus non pertinent) Hoc conſequens eſt ſuperiori: & aperte traditum in *l.* 13. *quib. mod. uſ. am. l.* 8. *de ann. legat.* erratque Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo uſusfructus ſtetit.

Eadem fere de colono) *Fere* non παρελκεται, ut putat Theophil. Nam hæres coloni in condictionem ſuccedit, §. *ult. inſ. de locat. l.* 10. *C. eod.* At in eo conveniunt, quod colonus quoque non aliter fructus ſuos faciat, quam ſi ipſe eos perceperit, *l.* 60. §. 5. *D. de locat. l.* 61. §. 8. *D. de furt.* Non obſtat, quod furti actionem habet, *l.* 26. §. 1. *d. tit.* nam & fructuarius habet, *l.* 12. §. *ult. de uſufr.* & omnes, quorum intereſt furtum factum non eſſe, licet domini non ſint, §. 13. *inſ. de obl. quæ ex del.* Igitur male Accurſ. Mynſ. Pac. plus hic colono tribuunt, quam fructuario.

COMMENTARIUS.

1. *Fructus, qui ſponte deciderunt, aut quos alius ſuo nomine a re ſeparaverit, fructuarii demum fieri, cum poſſeſſionem eorum nactus eſt.*
2. *Jus percipiendi fructus ad hæredem fructuarii non tranſire, licet majore parte anni uſusfructus ſteterit, & fructuarius maturis jam fructibus deceſſerit, & cur non idem in fructibus rei dotalis.*
3. *Quid juris circa penſiones, ſi res fructuaria locata ſit?*
4. *In quo colonus & fructuarius diſcrepent aut conveniant?*

Diſputatio de fructibus a bonæ fidei poſſeſſore perceptis occaſionem Juſtiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent, obiter aliquid ſubjiceret. Hi in eo a bonæ fidei poſſeſſore differunt, quod fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure ſervitutis ſibi conſtitutæ, colonus ex conventione: unde nec perceptorum fructuum quicquam reſtituunt. Quia autem jus in ſolo non habent, nec poſſident, ſed alieno tantum nomine rem tenent, §. *de iis autem* 4. *verſ. fructuarius per quas perſ. cuique acq.* §. *poſſidere* 5. *inſ. de interd. l.* 10. *l.* 11. *de acq. poſſ.* non, ut bonæ fidei poſſeſſores, fructus acquirunt jure quaſi dominii aut ſoli, ſed ſuo ipſorum duntaxat facto & perceptione: quanquam hæc diſtinctio noſtrorum morum ſimplicitati non convenit, ut notat D. Cypr. Regn. *cenſ. Belg.*

Quam ſi ipſe eos perceperit) Fiunt quidem fructuarii etiam ſola perceptione; hoc eſt, ſtatim atque a ſolo, aut re, qua tenebantur, ſeparati ſunt, puta ſpica aut fœno cæſo, uva adempta, excuſſa olea, lana detonſa, lacte mulſo. Ceterum non aliter, quam ſi ipſe eos, vel alius ejus nomine ſeparaverit, *l. ſi fructuarius* 13. 1
quib. mod. uſ. am. l. qui ſcit 25. §. 1. *de uſur.* Quod ſi ſponte deciderint, aut alius eos ſuo nomine ſeparaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum poſſeſſionem nactus ſit: unde ſi fur maturos fructus decerpſerit, aut deſecuerit, domino fundi condictione tenetur non fructuario, licet is actionem furti habeat, *l. arborib.* 12. §. *ult. de uſufr.* quæ aliter ſe habent in bonæ fidei poſſeſſore, ut docuimus §. *præc.* Plane in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris hic ratio eſt, ſtatimque ut editus eſt, fructuarii fit, *l. in pecudum* 28. *de uſur.* quippe fruſtra expectes ut ſeparetur, quod invita natura ſeparari non poteſt: jubente ea ſatis ſeparatur ſine cujuſquam facto.

Licet maturis fructibus, &c.) Hoc item conſequens eſt ei, quod dixit. Nam ſi fructuarii non aliter fructus fiunt, quam ſi eos perceperit ipſe vel alius ejus nomine, hæredi ſuo, quos non percepit, relinquere non poteſt; nec jus percipiendi fructus ad hæredem tranſit: quia morte fructuarii, ut omnia, quæ perſonæ cohærent, extinguitur, §. *pen. inſ. de uſufr. l.* 3. §. *ult. quib. mod. uſufr. am. l.* 8. §. 3. *de lib. leg.* quod iterum contra eſt in bonæ fidei poſſeſſore, qui jus, quod in ſolo habet, ad hæredem tranſmittit, *d. l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſur.* At ex contrario percepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredem ejus tranſeunt, *l. ſi abſente* 48. §. 1. *de uſufr. l. pen. de uſufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis.* Eadem ſententia eſt, *d. l. ſi fructuarius* 13. *quib. mod. uſ. am. l.* 8. *de ann. leg.* Quamvis igitur maxima 2
parte anni uſusfructus ſteterit, & fructuarius ſuis impenſis fundum fructuarium conſeverit, ſi is meſſe nondum facta, licet ſegete meſſi jam matura, deceſſerit, nihil in eo, quod terra tenetur, hæres ejus juris habet, *d. l. ſi fructuarius* 13. ſed tantum deducet impenſas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, niſi quod deductis impenſis ſupereſt, *l.* 7. *ſolut. matr.* Peck. *lib.* v. *de teſtam. conjug. c.* 24. *n. ult.* Nec iniquum videre debet, quod dominus fundi ad lucrum, fructuarii labore & ſumptu partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis mini-

nima parte primi aut poſtremi anni ſteterit uſusfructus, in ſolidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua uſusfructus non cœperat, aut poſtea finitus eſt, *l. ſi pendentes* 27. *de uſufr.* nec aliud uſus horum temporum ſervat, contra quam cenſet D. Cyprian. *ubi ſupra*. Non obſtat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet ſoluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus hæredes & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium ſtetit, ſive fructus a marito ſint percepti, ſive non ſint, *l.* 7. §. 1. *& ſeqq. ſol. matr. l. un.* §. *cumque* 9. C. *de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt, quia eos percepit, ſed propter onera matrimonii, quæ ſuſtinere cogitur, *l.* 7. *in pr. de jur. dot. l. pro oneribus* 20. *C. eod.* Et igitur licet non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium ſtetit, fructus dotis maritum ſequi debent: quoniam tamdiu ſuſtinuit onera matrimonii. Contra vero pro reliquo tempore, cujus onera non ſuſtinuit, nihil ferre debet, licet fructus perceperit. D. Paul. Buſ. ad *d. l.* 7. §. 1. *& ſeq. ſol. matrim.*

3 De penſione rei fructuariæ locatæ quæſitum, an ſi forte uſusfructus aliqua tantum parte anni ſteterit, eam nihilominus integram fructuarius hæreſve ejus percipere debeat, an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert utrum res fructuaria locata talis ſit, unde ſingulis annis ſemel fructus naſcitur & percipitur, puta fundus; an talis, cujus fructus non in alio conſiſtit, quam in ejus rei uſu, ſive commoditate, quæ ex eo uſu quotidie percipitur; cujuſmodi res ſunt ædes, quarum fructus in eo, ut inhabitentur; item ſervi, quorum fructus in operis. Fundo locato, ſi colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejuſve hæredi, etiamſi uſusfructus finitus ſit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendi debebat, *l. defuncta* 58. *de uſufr.* In aliis vero rebus a fructuario locatis, quarum fructus in ſolo earum uſu conſiſtit, ſi intra tempora locationis uſusfructus interierit, non majore ex parte penſio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo uſusfructus manſit; quod ſupereſt, pertinet ad proprietarium, ut reſponſum eſt locatis operis ſervi, *l. ſi operas* 26. *d. tit.* Cur tam varie? Nimirum quia fructuarius, nec minus, nec plus per conductorem conſequi debet, quam ſi ipſe re fructuaria uſus eſſet. Igitur ſicut fructuarius ſi fundum non locaſſet, ipſe fructus percepiſſet, ſuoſque omnes feciſſet, ita pro fructibus, quos colonus, qui cauſam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra penſio ei debetur, quam & integram ad hæredem tranſmittit, etſi nondum finito tempore locationis deceſſerit. Et convenienter ſi fructuarius deceſſerit, fructibus per colonum nondum perceptis, hæredi ejus nihil ex penſione debebitur. Quod ſi deceſſerit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, ſolutio penſionis fieri debet hæredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi vero penſio pro quotidiano rei uſu debetur, non poteſt deberi longius, quam is uſus præceſſerit, nec longius is uſus præceſſiſſe dici, quam ſteterit uſusfructus; & alioqui plus conſequeretur fructuarius per inquilinum, quam ſi ipſe re uſus eſſet: quod eſt abſurdum, eleganter D. Don. x. *comm.* 9. eſtque hæc communis & uſu recepta ſententia, vid. Joan. del. Caſtillo *tract. de uſufr.* 77. *& ſeq.* Diod. Tuld. ad *tit. de uſufr. inſ. c.* 7. Paul. Buſ. ad *d. l.* 58. *de uſufr.* Chriſtin. *vol.* II. *deciſ.* 176. *n.* 16. *& ibi citat.* Grot. *lib.* II. *introd. c.* 39. *diſſ.* Cujac. IV. *Feud.* 30. *& lib.* XXIV. *obſerv.* 21.

Eadem fere & de colono dicuntur.) Duo de fructuario dicta ſunt; eum non aliter dominum fructuum fieri, quam ſi ipſe eos perceperit, non alius: item mortuo fructuario fructus pendentes, quantumvis maturos, non ad hæredem fructuarii pertinere, ſed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta ſunt, ea fere & de colono dicenda eſſe. *To fere non* παρέλκεται, ut putat Theophilus, ſed caute adjectum eſt, ne quis putet eandem utriuſque per omnia in propoſito rationem eſſe. Nam certe 4 longe alia cauſa eſt hæredis coloni atque fructuarii. Non enim ſicut morte fructuarii finitur uſusfructus, ita morte coloni finitur conductio, ſed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam ſuccedit, §. *ult. inſ. de locat.* 10. *C. eod.* Et cum fundus conducatur mercede annua conſtituta pro modo fructuum, qui ſingulis in eo annis naſci ſolent, inſignis injuria colono ejuſve hæredi fieret, ſi locator penſionem ſimul & fructus perciperet: atque hinc etiam eſt, quod in prædiis ruſticis, ſi tempore non expreſſo locatio facta ſit, in annum facta intelligatur, per *l.* 13. §. *ult. locat.* Si quid igitur hic eſt, quod tam de colono, quam de fructuario dici poſſit, illud ſit neceſſe eſt, quod colonus ſimiliter ut fructuarius, non aliter fructus ſuos faciat, quam ſi ipſe eos perceperit: ſin autem alius eos ſuo nomine a terra ſeparaverit, non colono, ſed domino fundi acquirantur; cui etiam ob id ſoli condictio competat: quod & verum eſt, aperteque traditum *l. cum plures* 60. §. *meſſem* 5. *locat.* nec obſcure colligitur ex *l. ſi ſervus* 61. §. *locat.* 8. *de furt.* Non eſt contrarium quod Paulus reſpondet *l. ſi apes* 26. §. 1. *d. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus ſtantes ſurripuit, furti agere poſſe. Nam & fructuarius poteſt, *l.* 2. §. *ult. de uſufr.* quippe furti actio omnibus competit, quorum intereſt furtum factum non eſſe, licet rei ſurreptæ domini non ſunt, §. *furti* 13. *inf. de obl. quæ ex del. l. eum qui* 14. §. *qualis* 14. *de furt.* Nec alio pertinet ratio Pauli, quam his verbis exprimit, *quia ut primum decerptus eſſet, ejus eſſe cœpiſſet*, quam, ut oſtendat, ideo actionem furti colono dari, quia ejus intersit fructum ab alio decerptum non eſſe, eo quod coloni eſſe cœpiſſet, ut primum ab ipſo eſſet decerptus. Fallitur igitur Accurſius, qui etiam hoc caſu plus juris tribuit colono, quam fructuario, colonique fructus fieri exiſtimat, quocunque modo a ſolo ſeparati ſint, traxitque in eundem errorem Mynſ. Schneid. & Pacium *in not. marg.* ſed hic ſe corrigit in *Analyſi*. Aliud ſane ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui inſtar ſocii eſt, *l. ſi merces* 25. §. *vis major* 6. *locat.* & proinde pro parte ſua inſtar domini; idque innuere videtur Paulus *d. l.* 26. §. 1. cum dicit colonum, *qui nummis colat*; quod ſcilicet colonus partiarius fructibus a fure defectis aut decerptis non modo actionem furti, ut is qui nummis colit, ſed furti etiam condictionem pro parte ſua habeat.

Textus.

Quæ ſunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus eſt, ſicuti lac, pilus, & lana: itaque agni, hædi, & vituli, & equuli, & ſuculi, ſtatim naturali jure dominii fructuarii ſunt. Partus vero ancillæ in fructu non eſt: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Abſurdum enim videbatur, hominem in fructu eſſe: quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

Notæ.

37. *Statim naturali jure*) Cajus, *ſtatim pleno jure fiunt bona fidei poſſeſſoris & fructuarii*; *pleno jure*, id eſt, plena ſolida proprietate.

Partus in fructu non eſt) *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. *de uſufruct.* ſed in fructu hominis operæ ſunt. *l.* 3. & 4. *de op. ſerv.*

Abſurdum videbatur) *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 68. eadem quoque Stoicorum ſententia fuit, a quibus auctores noſtri fere imbuti. Lucret. Aliam rationem affert Ulpian. *l.* 27. *D. de her. pet.* quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, ſed ut ſerviant. Meminit hujus quæſtionis Cic. 1. *de fin. cap.* 6.

Commentarius.

1. *Ratio Caji, cur non placeat partum ancillæ in fructu eſſe, examinata, & concinnior prolata ex Ulpiano.*

Qua ratione & modo fructus ſuos facit tum bonæ fidei poſſeſſor, tum fructuarius, oſtenſum eſt §§. *proxime præcedentibus* exemplo fructuum qui in fundis aut agris naſcuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum ſuus fructus eſt, quem & ipſum bonæ fidei poſſeſſori & fructuario eadem ratione acquiri juri naturali conveniens eſt, ideone quid hic dubii relinqueretur, ἐν παρόδῳ oſtendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda ſint, quæ non ſint: & ait, in pecudum fructu non tantum eſſe lac, pilum & lanam, ſed fœtum etiam: atque ob id agnos, hædos, vitulos, equulos, & ſuculos ſtatim ut editi ſunt, naturali jure fructuarii fieri: addit Cajus, & bonæ fidei poſſeſſoris, *l. in pecudum* 28. *de uſur.* eſt enim utriuſque hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ ſint, non definit, ſed partum ancillæ negat in fructu eſſe: & ideo inquit, ad dominum proprietatis pertinet, ſicut & Cajus *d. l.* 28. §. 1. Nimirum uterque hoc ſignificare voluit, non ut fœtus in fructu pecudum eſt, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea duntaxat eſſe, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l.* 4. *de oper. ſerv.* aut ſi quid acquirant ex re fructuarii, ejuſve qui eos bona fide poſſidet, §. 4. & *ſeq. inf. per quas perſ. cuiq. acq.* ac proinde etiam hæc ſola ut fructus fructuario & bonæ fidei poſſeſſori acquiri: partum non acquiri, fructuario nunquam, bonæ fidei poſſeſſori non aliter, quam ſi eum uſuceperit, *d.* §. 4. & *ſeqq. l.* 4. §. *ſi ante* 18. *de uſurp. & uſucap.*

Abſurdum enim videbatur) Vetus fuit quæſtio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 1. *de finib. cap.* 6. ubi ait principes civitatis, P. Scævolam & M. Manilium exiſtimaſſe, hominem in fructu eſſe, Brutum diſſenſiſſe: cujus ſententia obtinuit, teſte Ulp. in *l. vetus* 68. *de uſufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu eſſe, ejus rei hanc rationem reddit Cajus *d. l.* 28. §. 1. *de uſufr.* & Imp. hoc loco, quod abſurdum viſum ſit, hominem in fructu eſſe, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit: quæ ratio ducta eſt ex contrariis: quaſi dicant, natura non poteſt eadem res & fructus eſſe, & id, quod fruitur: relata hæc ſunt: relatorum unum nunquam poteſt eſſe alterum. Etenim ut verum fatear, nunquam hæc mihi ratio ſatis ſolida viſa fuit. Cur enim magis abſurdum hominem in fructu hominis eſſe, quam hominem homini ſervire? Aut cum ſervos pecudibus Romanæ leges exæquent, *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* cur cum in fructu pecudum fœtus ſit, abſurdum eſt in fructu ancillarum partum eſſe? Nec eſt in his ulla ἀντίθεσις, *Fructus hominis cauſa comparati ſunt*, &, *Homo eſt in fructu hominis*. Non enim hic idem eidem ſubjecto attribuitur; ſed diverſis. Quamobrem melior eſt, certe huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio ſumpta a fine & uſu, quia ancillæ non ad hoc comparantur ut pariant, ſed ut ſerviant, *l. ancillarum* 27. *de her. pet.* Id autem ſolum in fructu alicujus rei eſſe intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo uſu, ad quem res parata eſt, vel natura vel patrisfam. inſtituto, *l.* 9. §. 5. & *ſeqq. l.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *in pr. l.* 13. §. 4. & *ſeqq. l.* 15. *de uſufr.* Quapropter etſi nihil intereſt, partus in fructu ſit, nec ne; ad proprietarium pertineat an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique ſervire cogitur; ratio tamen habenda fuit honeſti ac decori, cavendumque ne ſtupris viliteṭur dignitas humana arg. *l. juſtiſſime* 44. *de ædil. edict.* Jam vero ancillas fœturæ gratia habere, quin turpe & probroſum ſit, nemo negare poteſt. Ceterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei poſſeſſori acquiri debeat: in ceteris enim partibus juris in fructu ſive reditu aut cauſa etiam partus computatur, *l.* 8. *l.* 14. *de uſur. l. Falcidia* 24. §. 1. *ad l. Falc. l. quæſitum* 91. §. *ult. de leg.* 1.

Textus.

De Officio fructuarii.

38. *Sed ſi gregis uſumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius ſubmittere debet, (ut & Juliano viſum eſt) & in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet ſubſtituere. Recte enim colere & quaſi bonus paterfamilias uti debet.*

Notæ.

38. *Ex fœtu ſubmittere*) Ex fœtura gregem ſupplere & ſufficere prolem, *d. l.* 68. §. *ult.* cum 2. *ll. ſeqq. de uſufr.* fiuntque capita ſubſtituta domini, ea quibus ſubſtituuntur, fructuarii. *d. l.* 69. *Baſil.* 16. *tit.* 1. *in fin.*

Commentarius.

1. *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum eſſe ut rem fructuariam tueatur, & quid ea tuitio deſideret.*

Longius a via digreditur Imperator: ſequendum tamen, quocunque trahit. Cum fructus omnes, ſive ex re naſcuntur, ſive per cauſam rei jure percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum eſt, ut is viciſſim onera rei fructuariæ adjuncta agnoſcat, juxta
1 regulam naturæ, *l.* 10. *de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum eſt, ut rem fructuariam tueatur, *l. uſufructuarius* 44. *de uſufr.* Hæc autem tuitio cum exigat, ut rem quam accepit, integram & in ſuo ſtatu conſervet, quantum cura & reparatione fieri poteſt, ideo & curam ac diligentiam rei ſervandæ adverſus imminentia pericula adhibere debet, & quidem talem, qualem diligens paterfam. ſuis rebus adhibere ſolet, *l. ſed cum.* 65. *eod. l.* 1. *in fin. & l. ſeq. uſufr. quem cav.* & ſuo ſumptu farcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut diſceſſerunt a priori integritate: puta ſi quid reficiendum eſt, ſarta tecta præſtare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu ſupplere, in locum arborum demortuarum alias ſubſtituere: in ſumma recte colere, atque ut bonus paterfam. uti, *l.* 7. *§.* 2. *&* 3. *l.* 13. *§.* 2. *l. agri.* 18. *l. ſicut.* 45. *l. ſed cum.* 65. *l. vetus.* 68. *in fin. &* 2. *ll. ſeqq. de uſufr. l.* 7. *C. eod.*

Gregis uſumfructum) Ait *gregis*, nam ſi non gregis aut univerſitatis uſusfructus nomine collectivo legatus ſit, ſed ſingulorum capitum, veluti centum ovium, nihil ſupplere cogitur fructuarius, *l. quid ergo* 70. *§.* 3. *de uſufr.* quippe in his, quæ numero certa ſunt & deſignata, non eſt augumento locus: & tot ſunt tunc uſusfructus, quot ſunt capita fructuaria, quorum uno mortuo uſusfructus iſte extinguitur.

Demortuorum capitum) Ait *demortuorum*. Ulpianus *d. l. vetus* 68. *in fin. defunctorum*: hoc ideo, quia ſi vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina ſtabuli, aut prædonum impetu, hoc caſu fructuarius præſtare non debet, nec in locum amiſſorum alia ſubſtituere, arg. *l. arbores.* 59. *de uſufr.*

Ex fœtu ſubmittere) Ait *ex fœtu.* Neque enim de ſuo gregem ſupplere fructuarius cogitur, ſed ex agnatis capitibus, hoc eſt, natis ex eodem grege, *d. l. vetus* 68. *in fin. eod.* Proinde ſi ex grege nondum ulla nata ſint prioribus demortuis, aut ſi oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priuſquam ſubmitti poſſent, nihil ſupplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel ſenio, vel vitio corporis inutilia facta ſunt, alia ex fœtu ſubmittenda *l. vel inutilium* 69. *eod.*

Submittere debet) Submiſſionis effectus hic, ut ſubſtituta capita ſtatim domini fiant, ſicuti poſt ſubſtitutionem priora ſive demortua vel utilia & vitioſa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus deſinunt eſſe proprietarii, *d. l. vel inutilium.* 69. *de uſufruct.*

Vinearum demortuarum vel arborum) Ait hic item *demortuarum*, ſicut Paulus *l. agri* 18. *eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempeſtatis everſarum alias ſubſtituere non tenetur, *l. arbores.* 59. *eod. tit.* quippe uſufructuarius omnia quidem, etiam quæ ſine culpa ejus contingunt, ſed ſola rei & interna incommoda ac detrimenta ſuſtinet: quæ autem vi contingunt externa, nec a re ipſa proficiſcuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de caſibus fortuitis, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis* 6. *C. de pign. act.* Ulpianus in *l.* 7. *§. ult. de uſufr.* ſcribit, fructuarium cogi & adſerere arbores: quod Græcis eſt κεντρίζειν, id eſt, forare medullam arboris ſterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere; inſitionis ſpecies pro genere. Qua forma Papinianus dixit adſerere prolem pro adoptare, ſicut ſcilicet inforatione ſurculus truncum adoptat, Cujac. II. *obſ.* 36. Vinn. Elegans eſt hæc conjectura Cujacii: ſed ex mea ſententia non admodum ſolida. Adſerere enim prolem Papiniano eſt adoptare, [illegible] quia ſic adoptans filium quaſi inſerat familiæ, ſed quod adoptans vetere ritu filium adoptivum *adſerebat*, id [illegible], vindicabat, formula illa nota: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO. EST ENIM MIHI EMPTUS HOC ÆRE HAC ÆNEAQUE LIBERA. Hein.

Recte enim colere) Non ſatis officio ſuo fungi videri debet uſufructuarius, ſi fundum utcunque colat, niſi eum ita colat, ut ne deterior fiat cauſa uſusfructus; omniaque faciat, quæ faceret in re ſua: ſicut cautione fructuaria continetur, *l.* 1. *§. cavere* 3. *uſufr. qu. cav.*

Textus.

De inventione Theſauri.

39. *Theſauros, quos quis in loco ſuo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem ſequutus ei conceſſit, qui eos invenerit. Idemque ſtatuit, ſi quis in ſacro aut religioſo loco fortuito caſu invenerit. At ſi quis in alieno loco, non data ad hoc opera, ſed fortuito invenerit, dimidium domino ſoli conceſſit, & dimidium inventori. Et convenienter, ſi quis in Cæſaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium eſſe Cæſaris ſtatuit. Cui conveniens eſt, ut ſi quis in fiſcali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipſius eſſe debeat, & dimidium fiſci, vel civitatis.*

Notæ.

39. *In ſacro aut religioſo*) Utroque ſcilicet privato; nam & ſacra quædam privata, *l.* 6. *§.* 1. *D. ad leg. Jul. pecul.* Aliud, ſi in hujuſmodi locis publicis: ita cape *l.* 3. *§. pen. D. de jur. fiſc.*

Sed fortuito) Ut puta ſi quis colendi agri cauſa fodiens humum, aurum defoſſum inveniat, nullo adhibito perſcrutandi ſtudio, quod ſine permiſſu domini merito vetitum, *d. l. un. C. de theſaur.* add. *l.* 63. *§. pen. & ult. hoc tit.*

Dimidium fiſci) De variis moribus legibuſque circa theſauros, vid. eruditiſſimum Grot. II. *de jur. bell.* 8. Peregrin. IV. *de jur. fiſc. c.* 2.

Com-

COMMENTARIUS.

1. *Theſauri appellatione ſignificari quaſvis opes repoſitas, tum etiam ipſum locum, in quo aſſervantur, & ratio nominis.*
2. *In quæſtione propoſita quid eo verbo noſtri intelligant, & quo referenda hæc acquiſitio.*
3. *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius uſumfructum habet: ſecus ſi jus emphyteuſios aut feudi.*
4. *A divis fratribus nihil mutatum eſſe ex eo jure, quod de theſauro in loco ſacro aut religioſo reperto divus Adrianus conſtituit.*
5. *Cur cetera res hujus generis etiam in alieno quæſita occupantium fiant, theſaurus non item, & num.* 8.
6. *Cur theſaurus non totus cedat inventori, ut res ceteræ, quæ nullius.*
7. *Diſtinctio rerum Cæſaris, fiſci, publicorum & civitatis.*
8. *Summa juris de theſauris conſtituti, & quid moribus hodiernis obtineat.*

PArtes propoſitæ tractationis, quæ a Juſtiniano paſſim ſparſæ ſunt, commodioris doctrinæ cauſa ad duo ſumma capita revocari poſſe, ad occupationem ſcilicet, & rei noſtræ poteſtatem, ſupra diximus in explicatione §. *ſingulorum.* 11. *eod.* & progreſſi oſtendimus, ſingula, in quæ incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis poteſtate rei noſtræ quæratur, ſupereſt; ad factum & occupationem noſtram pertinent, inventio theſauri, apprehenſio rerum, quæ a dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur, in quibus porro explicandis hic titulus conſumitur.

Theſauros) Theſaurus Græcis & Latinis idem eſt, quod Perſis *gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas
1 in uſum futurum aſſervavimus aut recondimus. Nam & pecunia nuper depoſita, & cujus dominus non ignoratur, paſſim theſaurus appellatur, etiam apud noſtros, ut in *l. item Labeo.* 22. *fam. erc. l. theſaurus* 15. *ad exhib. l. peregre.* 44. *de acq. poſſ.* ac de tali quoque theſauro accipienda *l.* 3. §. *Neratius.* 3. *d. tit. de acq. poſſ.* ut recte exiſtimat Gothofredus, injuria notatus a Bachov. vid. Duar. ad *d.* §. *Neratius* 3. Locus quoque, in quo opes aſſervantur, το γαζοφυλακιον, theſaurus appellatur. Plutarch. in *Solon.* Εκελευσεν αυτῳ τυς θησαυρυς ανοιξαι των χρηματων. Hinc per tranſlationem Cic. 1. *de orat. c.* 5. memoriam dicit eſſe rerum omnium theſaurum. Atque hæc ſignificatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim Connan. III. *comm.* 4. & Don. IV. *comm.* 14. theſaurum inde dici putant, quod, εις αυριον, *in craſtinum*, ſit repoſitus, ut ſit θεσις εις αυριον: propius tamen vero eſt, vocem eſſe conjunctam εκ της θηκης και αυρυ, ut ſit, conditorium pecuniæ. Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat,
2 αυρος dicebatur, teſte Heſychio. Ceterum in quæſtione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de theſauro occupatione acquirendo, Juriſconſulti theſaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc cum reperitur, a quo condita, aut cujus ſit, ignoratur, *l. nunquam.* 31. §. 1. *hoc tit. l. un. C. de theſaur. lib.* 10. *l. a tutore.* 67. *de rei vind.* convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius theſaurus ſit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quam qui dominum non habeat: nec repugnat communis & popularis loquendi conſuetudo. Igitur in quæſtione propoſita theſaurus definitore Paulo in *d. l.* 31. eſt vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominium non habeat. Cui deſcriptioni ſimilis eſt illa Leonis in *d. l. un.* theſaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetuſtiore mobilia, & Caſſiodori *lib.* VI. *var. c.* 8. definientis depoſitivam pecuniam, quæ longa vetuſtate competentes dominos amiſit. Atque hinc jam etiam liquet, theſaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius; quanquam non per omnia in theſauro occupando & noſtro faciendo idem ſervatur, quod in ceteris rebus, quæ nullius ſunt. Nam ceteræ hujus generis res, quovis loco occupatæ totæ fiunt occupantis: theſaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res ceteræ, quæ nullius ſunt, fiunt occupantis, etiamſi data opera quæſitæ ſint in alieno: theſaurus in alieno quæſitus nullo modo: Quod quamobrem tam varie placitum intelligetur non ita multo poſt.

Quos quis in ſuo loco invenerit) Sive data opera quæſitos, ſive forte fortuna: tantum magicæ artes ad theſaurum in ſuo inveniendum prohibentur: quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de theſaur.* Ait, *in loco ſuo.* Proprium locum accipere debemus etiam eum, 3
in quo alius uſumfructum habet, *arg. pr. inſ. de her. inſt.* Proinde ſi in eo loco proprietarius theſaurum invenerit, in ſuo inveniſſe intelligi debet & totum ſibi quæſiſſe. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. Idemque dicendum eſt, ſi uſufructuarius invenerit; quoniam theſaurus in fructu non computatur, *l. ſi is qui.* 63. §. 3. *hoc tit.* Unde etiam eſt, quod theſaurus a marito in prædio dotali inventus pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia ſit reſtituendus, quaſi in alieno inventus, *l.* 7. §. *ſi fundum.* 12. *ſol. matr.* Moller. IV. *ſem.* 27. Ager autem vectigalis ſive emphyteuticus magis eſt, ut emphyteutæ proprius exiſtimetur, ejuſque, qui dominium utile, quam qui directum habet. Nam ad emphyteutam pertinet pleniſſima rei utilitas, & pari jure, quo dominus rem tenet ac poſſidet; adeoque adverſus ipſum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet *l. ſciendum.* 15. §. 1. *qui ſatisſd. l.* 1. §. 1. *ſi ag. vect. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *in fin. de uſur.* Longe igitur diſtat emphyteuta a fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & ſubſtantia rei, fructuarius non item. Hinc eſt, quod fructuarius in edicto *Qui ſatiſdare cog.* pro poſſeſſore non habetur, emphyteuta contra *d. l.* 15. §. 1. *qui ſatiſd. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, *l.* 12. *de uſufr.* Si quid ſervo in quo quis uſusfructus, legatum aut donatum ſit, id non fructuario ſed domino proprietatis acquiritur, §. 4. *infr. per quas perſ. cuique acq.* ſi ſervo emphyteutæ, ipſi emphyteutæ. Quam ob cauſam dubitandum non eſt, quin ſi ipſe quoque emphyteuta in prædio in emphyteuſin ſibi conceſſo theſaurum ſimiliter invenerit, totum eum ſibi ſoli recte vindicet: eademque plane ratio eſt Vaſalli, qui theſaurum reperit in fundo feudali, *arg. c. un. de inveſt. de re al. fac. lib.* 2. *feud.* Mynſ. Schneid.

Weſ.

Weſ. poſt Gloſſ. & DD. *comm. hic.* Nic. Burgun. *ad conſuet. Flandr.* 12. Chriſt. *vol.* VI. *deciſ.* 21. *n.* 19. *& ſeqq.*

Adrianus naturalem æquitatem ſecutus) Hoc eſt, ſecutus regulam juris naturæ ſive gentium, de rebus, quæ nullius ſunt, occupanti concedendis §. *feræ* 12. *ſup. eod.* Nimirum cum etiam theſaurus numeretur inter ea, quæ nullius ſunt, æquum eſſe cenſuit Adrianus, etiam in theſauro occupato regulam iſtam ſervari; & quidem per omnia, ſi quis inveniſſet amico Hercule in ſuo; quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare poſſe videatur, vel tanquam beneficium & commodum rei ſuæ, vel quod ſimile vero ſit, eum a majoribus ſuis conditum eſſe: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino ſoli.

Itemque ſtatuit, ſi quis in ſacro aut religioſo). Quod hic Adrianum conſtituiſſe refert Juſtinianus, id a fratribus Principibus civili ratione mutatum eſſe exiſtimant Accurſ. Ang. Porc. Fab. Schneid. *hic.* Duar. *de acq. rer. dom. c.* 4. Don. IV. *comm.* 14. Sic enim ſcribit Calliſtrat. *l.* 3. §. *pen. de jur. fiſc. Si in locis fiſcalibus, vel publicis, religioſisve, aut monumentis theſauri reperti fuerint, divi fratres conſtituerunt, ut dimidia pars fiſco vindicaretur*; quam ſententiam veram quidem eſſe fatetur Covar. in *c. peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 3. *relict.* §. 2. *n.* 3. ſed ille conſtitutionem divorum fratrum a Juſtiniano iterum abrogatam contendit, qua parte illa dero-
4 gaverat edicto divi Adriani. Neutrum probabile mihi videtur. Nam ſi edictum Adriani reſcripto Antonini & Veri ſublatum fuiſſet, utique non quid ille, ſed quid hi de theſauris in loco ſacro religioſove inventis conſtituiſſent, Juſtinianus commemoraſſet; & cum ſimpliciter referat edictum Adriani, non facta mentione reſcripti fratrum Imperatorum, vix eſt, ut dici poſſit, hic aliquid novi juris ab eo conſtitutum eſſe. Arbitror commoda explicatione *d. l.* 3. §. *pen.* cum hoc noſtro §. conciliari poſſe: quamvis id neget Ant. Matth. Conſtituit Adrianus, theſaurum ejus eſſe, qui eum inveniſſet in loco ſuo: addidit, idem eſſe, etiamſi in loco ſacro aut religioſo repertus ſit; nimirum ejus itidem eſſe, cujus eſt fundus, in quo loca iſta ſunt, perinde quaſi in ſuo adhuc reperiſſet. Nam etſi loca ſacra & religioſa nullius vere in bonis ſint, ejus tamen aliquatenus ſunt, cujus in uſu & fundo ſunt, & quodammodo juris privati. *arg. l.* 5. *& ſeq. de relig. l. ſacrilegi* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. l. in modicis* 24. *de contr. empt.* neque poteſt ſine injuria vel in Deos ipſos Deorum beneficio privari, qui vel ipſi, vel quorum majores partem fundi ſui divinis uſibus dicaverunt. Quid divi fratres in *d. l.* 3. § *pen. de jure fiſci*? Conſtituerunt, inquit Calliſtratus, ut theſauri in locis fiſcalibus vel publicis religioſiſque aut monumentis reperti pro parte dimidia fiſco vindicarentur. Titulus ipſe & rerum conjunctio oſtendunt, loqui Impp. de locis religioſis ſimilibus publicis, in quibus ſcilicet fiſcus jus habet, aut qui fiſci quodammodo ſunt, puta quod ad fiſcum forte pervenerunt; juxta *l.* 6. *eod. tit.* vel quæ publice civium funeribus deſtinata ſunt, cujuſmodi tenuiorum tumulos in ſuburbanis fuiſſe auctor eſt Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiſcum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco ſuo ſive profano ſive religioſo. Et vero ob loci religionem aut ſanctitatem nihil novi juris hic conſtitutum fuiſſe, argumento eſt, quod Leo Imp. in *d. l. un. C. de Theſaur.* ſimpliciter diſtinguit; an quis in ſuo loco repererit, an in non ſuo, nulla facta mentione ſacri aut profani, quaſi hoc nihil ad rem faciat: idque ex Ælio Spartiano *in Hadr. cap.* 18. etiam certius colligas, qui itidem ſine ulla rerum diſtinctione refert, Adrianum de Theſauris ita caviſſe, *ut ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur: ſi quis in alieno dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter partiretur*. Nulla igitur eſt pugna inter *d. l.* 3. §. *pen.* & hunc §. noſtrum, quem de loco religioſo privato accipi oportet, ſuadente id ipſum quoque rerum in eo conjunctione & diſcretione: manifeſteque labitur Bachovius, qui ob conjunctionem loci religioſi & ſacri negat hanc interpretationem admitti poſſe, eo quod nulla loca aut ædes ſacræ privatæ dici poſſint; hoc enim falſum eſſe, & ſacella privata propriaſque ſuas ædiculas veteres habuiſſe, vel unus Paulus eum docere poterat in *l. ſacrilegi* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec.* ita propemodum & Conn. III. *Com.* 4. Charond. I. *veriſim.* 21. Robert. *rec. lect.* 5. Cantiunc. & Weſemb. *hic.* VINN. Addendus hic omnino Jac. Gothofred. ad *L.* 1. *C. Theod. de Theſaur.* ubi tota hujus legiſlationis hiſtoria erudite exponitur. HEIN.

Fortuito caſu) Theſaurus, quem inveni in loco meo ſive fortuitum ſive quæſitum, meus eſt: ſin ille locus meus ſacer eſt vel religioſus, non alias meus erit, quam ſi fortunæ quaſi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perſcrutandi ſtudio: quod procul dubio ideo placuit, ne detur occaſio violandorum ſepulcrorum & aperiendi urnas defunctorum, ſi etiam ſtudioſe quæſitum inventumque ſuum quiſque faciat, ſibique habeat.

At ſi quis in alieno) Ceteræ res, quæ nullius ſunt, 5
occupantium fiunt, etiamſi data opera in alieno quæſitæ ſint, ut de feris beſtiis in fundo alieno inveſtigatis & captis diximus: theſaurus in alieno quæſitus & inventus ne pro parte quidem fit inventoris, ſed totus domino reddi jubetur, *d. l. un. C. de theſaur.* Ratio diverſi juris hæc eſt, quod qui feram in alieno capit, aut rem, puta pro derelicto habitam, tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet: ad theſaurum vero perveniri non poteſt ſine effoſſionibus & manifeſto damno fundi, in cujus viſceribus theſaurus abditus jacet. Aliena autem effodere ſine permiſſu domini, inque iis latentes rimari opes, merito vetitum, & pœna, non præmio, dignum. *d. l. un. l.* 2. *C. Theod. de theſaur.*

Dimidium domino ſoli) Theſaurus in alieno loco caſu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino ſoli, *l. ſi is* 63. §. *pen. & ult. hoc*
tit. d. l. un. C. de theſaur. Cur vero, inquis, non totus 6
cedit inventori, ſicuti ceteræ ejuſdem generis res occupantis totæ fiunt, loco quocumque occupatæ, ut feræ beſtiæ, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in littoribus? Nimirum quia illæ feræ nullius ſunt, theſaurus non eſt; quippe quem nemo eo animo abſcondit, ut eum in numero rerum ſuarum eſſe nolit, ſed ut tutiore loco cuſtodiat: tantum ideo nullius eſſe dicitur, quia cujus ſit non apparet:

nam

nam etſi dominum per rerum naturam habeat, hæredem ſcilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longiſſimam ſucceſſionem primo domino ſuccedentem: apud nos tamen non habet; quia a nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum eſt ad hanc partitionem; ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametſi enim pro inventore dici poterat, theſaurum, ut rem nullius; totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum ſit, quaſi non eſſent, *l. in lege 77. de contr. empt.* dominum tamen loci & ſua, & par ratio defendit, qui contra ſibi theſaurum vindicans, dicere poteſt, nihil eſſe veriſimilius, quam quod a majoribus ſuis profectus ſit, in proprio enim, quia tutius, non in alieno theſauros condi: adhæc fundi in quo tanto tempore aſſervatus eſt, quodammodo beneficium eſſe: quam ob cauſam cum Impp. Gratianus, Valentinian. & Theod. partem quartam duntaxat domino loci aſſignaſſent, *l. 2. C. Theod. de theſ.* merito Imp. Leo, abrogata eorum conſtitutione, ad æqualitatem partitionis & veterum conſtitutionum normam rem revocavit, Vinn. Videtur ratio hujus diviſionis inde repetenda, quod veteres diſputarent, acceſſionis ne jure an inventionis vel occupationis adquiratur theſaurus? Prius placuit illis, quos hic ſequitur Imperator; poſterius Paullo. *l. 31. §. 1. ff. de adq. rer. dom.* Qui prius admittebant principium; totum theſaurum vindicabant domino fundi; qui poſterius, inventori. Hadrianus utrumque conjunxit, & dimidium domino addixit, jure acceſſionis, dimidium inventori, jure occupationis rei pro derelicta habitæ. Hein.

7 *In Cæſaris loco &c.*) Diſtinguit Imp. loca Cæſaris a locis fiſcalibus, & hæc a publicis, publica a locis civitatis. Res Cæſaris dicuntur bona Principis patrimonialia. Res fiſci ſunt, veluti bona proſcriptorum, vectigalia, commiſſa, bona caduca; quæ quidem & ipſa quaſi propria & privata ſunt Principis, *l. 2. §. 4. ne quid in loc. pub.* ſed, ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in uſu publico ſunt populi Romani, veluti areæ, inſulæ, agri, viæ itineraque publica, *d. l. 2. §. 3.* Loca civitatis, quæ uſibus civium in municipiis & ſingulis civitatibus deſerviunt, *§. univerſitatis 6. ſup. eod.* quæ a publicis eodem ſenſu hic ſeparat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani ſunt, *l. 15. de verb. ſign.* Spartianus in *Hadr. cap. 18.* omnia iſta loca deſignavit uno verbo publici. Hæc obiter in præſentia; ſubtilius rerum Cæſaris, fiſcalium; & publicarum diſcrimen exquiremus, *§. ult. inf. de uſuc.*

8 *Dimidium fiſci vel civitatis*) Sive in loco alieno privati alicujus, ſive in loco Cæſaris, aut publico fiſci vel civitatis theſaurus repertus ſit, medietatem duntaxat inventor conſequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus eſt, aut jus imperiumve in eo habet: & quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperti inventoris fieri, quam ſi fortuito & aliud agens invenerit, alioquin totum reſtituendum eſſe ei, cujus eſt locus, hoc non minus obtinere debet in locis publicis, ut in his etiam conſulta opera quæſitus & inventus ſimiliter totus pertineat ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas eſſe credendum eſt, publica loca effodere & ſcrutari, quam privata aliena, fac. conſtitutio Frederici *lib. II. Feud. tit. 56. quæ ſint regal. in fin.* Quod ſi inventor partem theſauri ad fiſcum pertinentem ſuppreſſerit, totum cum altero tanto cogitur ſolvere. Deferre autem ſe nemo cogitur ſi pars fiſco non debeatur, *l. 3. §. ult. de jur. fiſc.*

Summa juris de theſauris edicto D. Adriani conſtituti hæc eſt, ut ſi quis theſaurum in ſuo repeririſſet, ſive quæſitum ſive nihil tale cogitans, totum ſibi haberet: ſi quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram duntaxat ipſe conſequeretur: ſi quis in loco publico, itidem non data opera, cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem ſcrutatus in alieno ſive privato ſive publico theſaurum inveniſſet: is totum hunc domino loci, eive, ad cujus curam vel imperium locus pertinet, reddere cogeretur. Ab hoc jure cum procedente tempore receſſum eſſet, ut conſtat ex *tit. C. Theod. de theſaur.* reductum illud eſt a Leone Nepote, *l. un. C. Juſtin. eod.* iterumque vigore ſuo privatum, reſtitutum a Leone Philoſopho, *Nov. Leon. 51.* A Frederico nil mutatum, *tit. quæ ſint reg.* At tunc in plerisque locis theſauros, ut & alia pleraque ἀδέσποτα, Principes ſibi vindicant, & quidem in ſolidum, quocunque in loco reperti fuerint: eſtque id nunc jus commune & quaſi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hiſpania, & Dania id obſervatur, teſte D. Grot. II. *de jur. bell. c. 8. num. 7.* add. Peregrin. *lib. IV. de jur. fiſc. c. 2.* Covar. *in relect. c. peccatum de reg. jur. in 6. part. 3. §. 2.* Lebret. *lib. III. de la ſouverainete, c. 6.* Chriſtin. *vol. 1. deciſ. 16.* Theodoricus quoque rex theſauros quocunque loco repertos publico vindicari juſſit, *Sine damno* enim, inquit, *inventa perdit, qui propria non amittit.* Caſſiodorus 4. *var. 34. & 68.* Apud nos tamen jus hoc incertum eſſe dicitur; nam patronos quidem fiſci contendere theſauros quocunque in loco inventos ad fiſcum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus: ceterum alios contra putare, ſequendam nobis eſſe in hoc negotio conſtitutionem juris Romani; propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur legibus propriis, neque doceri poſſit, Romani juris vigorem apud nos deſuetudine uſuque contrario enervatum. Grot. II. *manud. ad Juriſp. Bat. c. 4.* Itaque in hoc dubio contra fiſcum facile reſponderim, *arg. l. non puto 10. de jur. fiſc.* add. Groenew. *de ll. abrog. hic.*

Textus.

De Traditione. 1. Regula ejuſque Ratio.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuſcunque generis ſit corporalis res, tradi poteſt, & a domino tradita alienatur. Itaque ſtipendiaria quoque & tri-*

tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis ſunt: inter quæ, nec non & Italica prædia, ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia: ſed ſiquidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferuntur.

NOTÆ.

40. *Per traditionem*) Ex Cajo *l. 9. §. 3. h. t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti ſi inter nos convenerit, ut mea res eſſet tua, licet ex juſta cauſa, puta, quia eam tibi vendidi, *l. 20. C. de pact.*

Noſtra conſtitutione) *d.l.un.C. de uſuc.transf.* ubi tollitur vetus rerum & dominorum diſtinctio. Etſi autem provinciales pleno jure domini non erant, habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque ſua alienare poterant, & hæredibus relinquere, & ſervitutem his imponere, *l. 3. C. de ſervit.*

Ex cauſa) Nunquam enim nuda traditio dominium transfert, ſed ita, ſi venditio aut alia juſta cauſa, id eſt, titulus ad dominium transferendum habilis, præceſſerit, *l. 31. h.t.* ſaltem opinione tradentis.

COMMENTARIUS.

1. *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri, & quam rationem hoc habeat?*
2. *An ad transferendum dominium requiratur vacuæ poſſeſſionis traditio?*
3. *Reſponſum Tryphonini ſub tit. de fund. dot. expoſitum.*
4. *Traditione non transferri dominium, niſi juſta cauſa, ſaltem opinione tradentis, præceſſerit, propter quam traditio ſequatur.*
5. *An & quando diſſenſio in cauſis tradendi & accipiendi impediat dominii translationem?*
6. *De veteri diſcrimine dominiorum nonnulla.*
7. *Quale jus olim poſſeſſores prædiorum provincialium habuerint.*
8. *Stipendium & tributum univoce dici.*
9. *Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii ſive tributarii appellati?*

HÆc quoque acquiſitionis ſpecies ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus ſolum factum tradentis, ſed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehenſionem; quippe ſine qua traditio non perficitur, hoc eſt, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnibus. 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi a ſuperioribus ejuſdem generis, quod earum rerum, quæ nullius ſunt, jure gentium acquirendarum ratio præter apprehenſionem nihil deſiderat, quia occupantur ſine cujuſquam injuria, quæ ex hoſtibus capiuntur, invitis dominis ad nos tranſeunt jure belli: in ſpecie autem propoſita non ſatis eſt nanciſcendi dominii cauſa, rem apprehendiſſe, niſi & voluntate domini in hoc tradita ſit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d.l.in omnibus.55. l.2. de his qui ſui vel al.jur. l. id quod noſtrum. 11. de reg. jur.* Et quia nemo eo animo eſt, ut velit rem ſuam in alium transferre ſine cauſa, inde eſt, quod cum in ceteris omnibus juris gentium acquiſitionibus modus acquirendi idem ſit, & cauſa ſive titulus, (verbi cauſa occupatio feræ beſtiæ eſt & modus acquirendi & titulus,) ea in hac ſpecie perpetuo diſtinguatur. Modus acquirendi eſt traditio vel potius rei traditæ acceptio & apprehenſio; titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, ceteræque cauſæ, ex quibus re a domino tradita dominium in accipientem tranſit, ſin minus, jus uſucapiendi, *l. nunquam. 31. hoc tit. l. 1. & ſeqq. de publ. in rem act.*

Per traditionem) Traditio vel vera eſt, quæ naturalis datio appellatur, *l. non ſtatim. 8. de pecul.* & in re mobili eſt de manu in manum translatio, in re ſoli in poſſeſſionem inductio; vel ficta, quæ commoditatis cauſa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota ſive ſymbolo, quod veram traditionem repræſentet. Non minus vero ficta & ſymbolica traditione dominium in accipientem tranſit, quam vera & naturali, *§. interdum. 43. & ſeq. inſ. eod.* At citra ullam traditionem nudis & ſolis pactis dominium non transfertur, etiamſi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi cauſa, placuit inter nos, ut mea res eſſet tua; licet id placuerit ex juſta cauſa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam a me tibi tradita ſit, *l. traditionibus. 20. C. de pact. l. ſi ager. 50. de rei vind. l. quoties. 15. l. pen. C. eod. l. 6. C. de her. vel act. vend.* Cur vero ad dominium transferendum non placet ſufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum, quia nemo ex ratione juris gentium facto ſuo rem, ſive ea nullius ſit, ſive alterius, acquirit, niſi cujus poteſtati & manui ſubjecta ſit; quod ita quiſque conſequitur, ſi eam apprehenderit, ſi poſſeſſionem ejus nanciſcatur, *arg. l.1. §. 1. de acq. poſſ.* Non aliter autem poſſeſſio rei alienæ apprehendi, & per eam poteſtati noſtræ res ſubjici poteſt, quam ſi dominus eam tradiderit, in cujus tamdiu poteſtate eſt & manet. Diſſ. tamen D. Grot. 11. *de jure belli c.6. & 8.* contendens ex ratione juris naturæ ſeu Gentium, nihil amplius ad translationem dominii requiri, quam ſolam voluntatem domini rem ſuam alteri in hoc addicentis; jure autem & ratione civili inſtitutum eſſe ſecuritatis dominiorum cauſa, & occurrendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium a priore domino abeat, cum is alteri rem tenendam & poſſidendam tradiderit: quod quia a multis gentibus receptum, jus gentium improprie dicatur. Sed poſito eo, quod diximus, & quæ veterum ſane omnium ſententia fuit, traditione, non nuda conventione, dominium jure naturali ſive gentium acquiri, quæſitum porro ab interpp. eſt, an in propoſito ad dominium transferendum ſufficiat, rem qualiterqualiter tradidiſſe, dum ea tradita ſit vacua ab omni detentore, qui apprehenſionem impediat; an vero ad eam rem neceſſe ſit, tradere rei vacuam & plenam poſſeſſionem? Breviter, an res ab alio poſſeſſa ita alicui tradi poſſit, ut dominium in eum tranſeat. Finge ita: Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide poſſidebatur, & dum forte poſſeſſor peregre abeſt, eum tibi tradidi dominii transferendi cauſa, tu in eum ingreſſus es eo animo, ut

ut capias, quod traditur, & dominus fias. Quæritur, an quia vacua poſſeſſio tibi tradita non eſt, ac ne poſſeſſio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur? Et putavi aliquando cum DD. Longobardis, Placent. Joan. Azon. Accurſ. Odofred. Bart. Bald. quos ſequitur D. Don. IV. *comment.* 19. acquiri: neque alienam abſentis poſſeſſionem obſtare domino, quominus ille rem ſuam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat ſine cujuſquam impedimento. Ceterum nunc in contrarium moveor, & quidem maxime illa ipſa ratione, qua illi utuntur ad probandam neceſſitatem traditionis. Ajunt enim, ideo ad acquiſitionem & translationem dominii neceſſariam eſſe traditionem, quia ratio juris gentium exigit, ut quod facto noſtro acquiritur, prius poteſtati noſtræ ſubjiciatur. At vero res poteſtati noſtræ ſubjecta dici non poteſt, cujus plenam poſſeſſionem, eamque, quæ avelli non poſſit, nacti non ſumus, *l. non videtur.* 22. *de acqu. poſſ. l.* 4. *§. tunc in poteſtatem.* 12. *de uſucap. l.* 13. *§.* 2. *de verb. ſign.* neque poteſt in nos transferri poſſeſſio juſta ejus rei, quam alius poſſidet, quamdiu poſſidet, & vel animo retinet poſſeſſionem. *l.* 3. *§. ex contrario* 5. *&* *§.* 7. *l.* 6. *§. ult. de acq. poſſ.* Sunt vero & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cum unum idemque genus ſit, & actus idem traditionis, qua transfertur dominium & præſtatur cauſa uſucapionis, *arg. l.* 11. *§. de act. empt. l. fundum.* 46. *§.* 1. *de evict. §. pen. inf. per quas perſ.* non magis convenit, re a domino tradita dominium transferri ſine translatione poſſeſſionis, quam re tradita a non domino jus uſucapiendi. Adhæc ſi dominium nobis acquiri poteſt directo ſine poſſeſſione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim intereſt, mihi res tradatur, an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Plane nihil. *l. reſtituta.* 37. *ad ſen. Trebel.* At certum eſt, per procuratorem dominium nobis non acquiri, niſi per conſequentiam poſſeſſionis per eum nobis adeptæ, *l. traditio.* 20. *§. ult. hoc tit. d. §. pen. inf. per quas perſ. l.* 1. *&* *l.* 8. *C. de acq. poſſ.* Quin etiam ipſa traditio non propter ſe, ſed propter poſſeſſionem videtur requiri, cum, ubi ſine traditione poſſeſſio obtineri poteſt, traditio non deſideretur, *l.* 9. *§. interdum.* 5. *inf. ead.* His accedit & veterum manifeſta auctoritas, quibus tradere, cum de transferendo dominio quæratur, nihil aliud eſt, quam poteſtatem facere rei habendæ & poſſidendæ; traditio nihil aliud, quam poſſeſſionis datio atque translatio, *l.* 3. *§.* 1. *de act. empt.* Hinc illa re tradita, poſſeſſionem amitti, *l. ſi ager.* 50. *de rei vind.* retenta poſſeſſione, nihil traditum intelligi, *l. ſervi* 16. *de pec. & comm. rei vend.* Huc denique pertinet textus *l. cum res.* 12. *C. de probat. l. qui prædium.* 13. *C. de diſtr. pign.* & maxime *l.* 8. *C. de act. empt.* idem, *l. hac ſi.* 47. *de rei vind.* quo loco diſerte ſcribit Paulus non aliter dominium rei abſentis nobis acquiri, quam ſi poſſeſſionem ejus nacti ſimus ex voluntate domini. Etenim, inquies, nihil commune habet poſſeſſio cum dominio, *l.* 12. *§.* 1. *de acq. poſſ.* Quid tum poſtea? Nam nec titulus ſive cauſa, nec nuda apprehenſio & detentio habet: quæ tamen illi ipſi in propoſito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque eſt cauſa poſſeſſionis & uſucapionis, *l.* 2. *§.* 1. *pro empt.* nemo tamen inde colligit, uſucapionem ſine poſſeſſione procedere. Nihil ad rem facit quod dominium retineri poteſt ſine poſſeſſione: non enim tam facile quid acquiritur, quam quæſitum ſemel retinetur; poſſeſſio non acquiritur niſi animo & corpore; animo retinetur ſolo, *l.* 3. *§.* 1. *&* *§. ſaltus.* 12. *l.* 6. *in fin. de acq. poſſ.* Feræ beſtiæ non aliter noſtræ fiunt, quam ſi eas ceperimus: manent noſtræ ſemel captæ, quamvis effugerint, quamdiu cum ſpe recuperandi eas perſequimur, *§. feræ.* 12. *ſup. eod.* Unus locus eſt, quo præcipue moventur, qui dominium etiam ſine poſſeſſione acquiri poſſe contendunt, *l. ſi fundum.* 16. *de fund. dot.* Ajunt in eo reſponſo mulierem a Tryphonino proponi, quæ fundum, quem Titius poſſidebat & prope jam uſuceperat, marito in dotem dedit eo effectu, ut fundus dotalis fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet, maritoque acquireretur vindicatio; quæ omnia arguunt, dominium iſtius fundi marito quæſitum fuiſſe, *per l. in rem.* 23. *de rei vind.* junct. *l. dotale.* 13. *§.* 2. *de fund. dot.* cui tamen poſſeſſio acquiri non potuit, cum alius fundum poſſideret. Unde porro effici putant, fundi iſtius dominium ſimplici ratione ac nudo brutoque corporis contractu in maritum translatum fuiſſe. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex iſto reſponſo neceſſario ſequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur, quæ non protinus tradita ſunt, ſed dari tantum deſtinata, *l. ſi rem.* 14. *&* *l. ſeq. de jur. dot.* & cur prædium dotale conſtitui minus recte dicatur, quod mulier inſtrumento dotali profitetur ſe in dotem dare, quam uſusfructus & jura prædiorum conſtitui dicuntur pactionibus & ſtipulationibus? *§.* 1. *infra, de uſufr. §. ult. inf. de ſervit. præd.* Sed & jus vindicandi marito competere poteſt nondum translato rei in dotem datæ dominio, ceſſione videlicet actionis, *arg. l. ult. C. hær. vend.* quam in ſpecie a Tryphonino propoſita interveniſſe ſive actionem ipſam in dotem datam omnino credibile eſt, cum ipſam rem tradere, quam alter poſſidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel uſucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maxime ad fundum jam traditum & marito acquiſitum: quippe qui proprie dotalis eſt, *d. l. dotale.* 13. *§.* 2. *de fund. dot.* & dotalis conſtituitur non qualiquali traditione, ſed ea, quæ & poſſeſſionem transferat, *l.* 5. *in fin. ſol. matr.* Ceterum, ut Tryphoninus ſignificat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, ſed doti tantum deſtinatum aut inſtrumento promiſſum, translata actione ad dominium vindicandum: propterea credo, quod qui actionem ad rem vindicandam habet, proprie abeſt ab eo, qui habet rem ipſam, *l. qui actionem. de reg. jur.* Juvat hanc interpretationem locus ipſe, in quo cum quod nulla fit mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum a Titio petere debuiſſe; argumento eſt, Titium ipſum fuiſſe & manſiſſe in poſſeſſione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Plane ſufficit tradentem vere poſſidere, licet alius in poſſeſſione ſit, hoc eſt, rem detineat: nam jus detentionis non impedire, quominus ſimplici traditione poſſeſſio & per eam dominium transferatur, oſtendit *l.* 14. *&* *tot. tit. quæ in fraud. cred.* nec obſtat, quod dicitur in *l.* 2. *§.* 1. *de act. empt.* vacuam poſſeſſionem emptori traditam non intelligi, ſi

cre-

creditores bona poſſideant: hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum ut res præſtatur vacua ab omni vero poſſeſſore, ſed etiam ab alio omni, qui jus aliud, vel detentionem habeat, cujuſmodi habent creditores, qui morante porro debitore etiam ſecundum decretum petere, & impetrare poſſunt. Illud meminiſſe oportet, diſputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin jure civili multis ex cauſis ſine poſſeſſione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum poſſeſſionis, legati fideicommiſſi, dubium non eſt. Utilitatis quoque cauſa jure ſingulari in quibuſdam cauſis receptum, ut cui poſſeſſio non acquiritur aut acquiri non poteſt, ei ſimplici apprehenſione acquiratur dominium, eo, qui tradit, amittente poſſeſſionem, vid. *l. acquiruntur* 10. §.4. *l. liber* 19. junct. *l. homo* 34. *hoc tit. l. etiam invitis* 31. *eod.* junct. *l. peregr.* 44. §.1. *de acq. poſſ. l.* 13. *de donat.* add. Cont. *lib.* 1. *diſput.* 8. Hotoman. *illuſt. quæſt.* 11. Bronch. 111. *aſſ.* 81.

Voluntatem domini) Eſt enim ſuæ quiſque rei moderator & arbiter. *l. in re mandata* 21. *C. mand.* Ceterum ut quis velle rem ſuam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent; ut ſciat rem ſuam eſſe, quam transferre cogitat; & ut juſtam cauſam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promiſit, &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei ſuæ, ſuam eſſe ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo eſt, ut eam transferat, *l. ſi procurator* 35. *hoc tit. arg. l.* 15. *de juriſd.* Ajo, *in dominio rei ſuæ*: nam ſi quis non erret in re ſua, non in ea, de qua transferenda agitur, ſed in re alia, puta in cauſa debendi; hic error alienationi non obſtat; & ideo indebiti per errorem ſoluti nulla vindicatio eſt. Hoc, quia nemo rem ſuam alicui tradit transferendi gratia, niſi cauſam habeat, cur id fa-
4 ciat. Hinc illud Pauli; *Nunquam nuda traditio transfert dominium, ſed ita ſi venditio, aut alia juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſecuta ſit. l. nunquam* 31. *hoc tit.* Nec dicat quiſquam, id requiri ſuperflue, cum ſi nulla cauſa adſit, præſumi debeat donatio, *arg. l. Campanus* 47. *de oper. lib.* quoniam hoc tunc ſolum locum habet, cum res conſulto data eſt. *l. cujus per errorem* 53. *de reg. jur.* Illud non refert, revera præceſſerit cauſa, an opinione tradentis, ut patet in ſolutione indebiti. Sed quæſtionis eſt, ſi ego ex una cauſa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in cauſis tradendi & accipiendi diſſenſio impediat dominii transla-
5 tionem? Et ſi quidem in tradente nulla ſit cauſa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciſcendi; ut ſi ego deponam apud te pecuniam, tu quaſi mutuam, aut donatam accipias, aut e converſo, ſi ego tibi dem pecuniam, quaſi mutuam, tu quaſi commodatam accipias oſtendandi cauſa; certum eſt, dominium non transferri, *l. ſi ego* 18. §.1. *de reb. cred.* Non enim hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus. *l. in omnibus* 55. *de obl. & act.* At ſi utrinque ſubeſſe exiſtimetur cauſa idonea, ex qua dominium transferatur; veluti ſi tibi dem fundum tanquam a me debitum ex teſtamento, tu quaſi ex ſtipulatu debitum accipias, vel ſi ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quaſi creditam, hic quia ex utraque cauſa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem eſſe, idque & Julianus generaliter probat. *l. cum in corpus* 36. *hoc tit.* Videtur autem a Juliano diſſentire Ulpianus in ſpecie poſteriore, cum pecuniam tibi dedi quaſi donaturus, tu quaſi mutuam accipis, *d. l. ſi ego* 18. *pr. de reb. cred.* Primum negat hic eſſe donationem: ſed hoc etiam ex ſententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam eſſe: ne hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non eſt. Sed quod addit poſtea, *magiſque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris, eum diſſidere a Juliano, qui generaliter definit, diſſenſum in cauſis transferendi non obſtare translationi, cum in corpus, quod traditur, conſentimus: & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *d. l. cum in corpus* 36. quod proponitur ab Ulpian. *d. l. ſi ego* 18. *de reb. cred.* D. Contius 1. *diſp.* 9. & Bachov. *in Treutl. diſput. de mutuo theſ.* 4. negant hoc diſſidium componi poſſe: & ſane ferri non poteſt, quod Alciatus v. *parerg.* 15. Pac. 111. *quæſt.* 67. Gilb. Reg. 11. *enant. ultim.* putant, diverſas eſſe horum locorum ſpecies pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra uſum verborum & manifeſtum ſenſum Juriſconſulti. Si qua eſt componendi ratio, ea eſt, quam affert Connan. 111. *comm.* 7. & Don. 1v. *comm.* 18. & *ad d. l. ſi ego* 18. *de reb. cred.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magiſque nummos accipientis non fieri*, duplicem poſſe pati interpretationem: poſſe ſic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: poſſe etiam ſic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, ex comparatione ſcil. acquiſitionis rei donatæ, *arg. l. aliud eſt capere* 71. *de verb. ſign. l. cum quis* 38. §. 3. *de ſolut.* fiant tamen eo effectu, ut etiamſi adhuc extent, vindicari nequeant, conſumpti nec efficaciter condici. Atque hoc poſteriore modo verba Ulpiani accipienda eſſe propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo ſuadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano ſubjecta, *cum alia opinione acceperit*, quippe qui donatum ſibi tanquam mutuum accipit, non eo animo eſt, ut dominus non fiat, ſed ut non fiat ſimpliciter & ſine obligatione reſtituendi tantundem, tanquam ex cauſa donationis. Fuſius hæc exequor *lib.* 2. *ſel. quæſt.* c. 35.

Cujuſcunque generis ſit) Modo ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundi dotalis: aut ne cauſa, ex qua traditur, jure improbata, ut donatio inter virum, & uxorem. Ait autem, *cujuſcunque generis*, ut ſignificet, non ſolas nunc res nec mancipi, ut olim, ſimplici traditione, & nudo naturali actu pleno jure transferri; ſed etiam res mancipi, cujuſmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico ſolo; ſervi & quadrupedes, quæ dorſo collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium ſine actu civili, ſine nexus aut ceſſionis in jure ſolemnitate, vid. Ulpian. *tit.* 19. *in fragm.* Ræward. ad *leg.* 12. *tab.* c. 16.

Corporales res) Nam res incorporales proprie traditionem non recipiunt, *l.* 3. §. *ſi iter* 2. *de act. empt. l. ſervus* 43. §. 1. *hoc tit.* uti nec poſſeſſionem, *l.* 4. §. *ſi viam* 27. *de uſurp. & uſuc.* ſed eſt in his, quod vice traditionis fungatur patientia domini, & vice apprehenſionis poſſeſſionisque ſit uſus illius, cui dominus hujuſmodi jus quæſitum vult, *l. ult. de ſerv. l.* 3. *in pr. de uſufr. d. l.* 3. §. *ſi iter. de act. empt. l.* 2. §. *ult. de prec.*

A domino) Qui ſcilicet liberam rerum ſuarum admini-

niſtrationem habeat. Nihil autem intereſt: utrum ipſe dominus rem ſuam alicui transferendi cauſa tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta aut creditor, §. *nihil autem* 42. *inf. eod.* §. 1. *inf. quib. al. lic.* aut etiam alii, qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores. *l. bona fidei* 109. *de verb. ſign. l. non omni* 16. *& l. lex* 22. *C. de adm. tut.*

Tradita alienatur) Non minus videlicet pleno jure, quam ſi mancipata, aut in jure ceſſa eſſet, ſublato antiquo diſcrimine dominii, *l. un. C. de nud. jur. Quir.*
6 *toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominiorum genera; naturale unum, quod in bonis; alterum civile ſive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel plenum. Si, verbi cauſa, civis Romanus a cive Romano ſervum emiſſet, iſque ei traditus eſſet, neque tamen mancipatus aut ceſſus in jure, annove ab eo poſſeſſus, is ſervus in bonis quidem emptoris erat; ex jure vero Quiritium non erat, ſed eo jure eo manebat venditoris, quamdiu mancipatus, in jure ceſſus, aut uſucaptus non eſſet. Jus hoc Quiritium ſibi aſſerebat, qui vindicabat hac vulgata formula; *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo. l. 1. de rei vind.* Hinc & illa judicis dati formula apud Cic. IV. *in Verr. c.* 12. *Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii eſſe*, vide ſis, Theoph. *tit. de libert.* Ulp. *d. tit.* 19. Briſſon. IV. *antiq.* 22. Rævard. *d. cap.* 16. Erat autem ejus, qui in bonis habebat, cauſa potior, quam domini ex jure Quiritiarii: nam ſi ſervus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium eſſet, ex omnibus cauſis acquirebat ei, cujus in bonis erat, Ulp. *d. tit.* 19. §. *pen.* Qua de cauſa Juſtinianus nudum hoc & inane Quiritium jus ſuſtulit, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. tol.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur) Dixit, res omnes, cujuſcumque generis ſint, traditione alienari, hoc eſt, ut omnes exponunt, non minus res mancipi, quam nec mancipi. Hinc infert etiam, eodem modo alienari prædia provincialia. Atqui hæc prædia fuere res nec mancipi: res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienabantur. Ulp. *d. tit.* §. 6. Unde videtur ex contrario ſic inferendum fuiſſe; *Itaque Italica quoque prædia eodem modo alienantur*. Verum alio reſpicere Imperatorem ex ſequentibus apparet, ad exæquationem videlicet juris prædiorum provincialium & Italicorum, cujus ipſe primus auctor eſt,
7 *l. un. C. de uſuc. transf.* Olim agri, & prædia in provinciis non erant pleno jure poſſeſſorum, ſed uſu & fructu dumtaxat: ſummo autem jure propria erant populi Romani, quippe quæ prædia cum primum jure belli una cum poſſeſſoribus in jus, & ditionem populi victoris veniſſent, hoc eſt, publica facta eſſent populi Romani, ſæpe provincialibus, ſeu veteribus dominis denuo utenda, & fruenda concedebantur, impoſito annuo vectigali aut tributo in argumentum retentæ proprietatis, aut ſummi juris. Unde eſt quod prædia iſta a poſſeſſoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio uſucapi, ſed longi duntaxat temporis poſſeſſione illud, quod dixi, jus in iis acquiri: de quo uberius *tit.* 6. Poterat & nuda traditione jus idem in quoſvis alios transferri, ſalva ſcilicet ſemper manente proprietate populo, aut Principi. Igitur quod de hiſce prædiis ait, eodem illa modo alienari, ſic accipiendum eſt, alienari plene & perfecte, ſimplicique traditione transferri in accipientem verum & juſtum dominium, idem nimirum, quod nunc quiſque dominus in re ſua qualibet habet; ſublata rerum & dominiorum diſtinctione, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. d. l. un. C. de uſuc. transf.* Atque hinc patet, conſtitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *l. in orb.* 17. *de ſtat. hom.* effectum non eſſe, ut ſolum provinciale ejuſdem juris eſſet cum ſolo Italico. Primus enim Juſtinianus differentiam ſuſtulit, voluitque eodem jure prædia omnia cenſeri, *d. l. un. C. de uſuc. transf. & hoc text.* Obiter addo jus illud vetus provincialium poſſeſſorum non fuiſſe jus perſonale, quale eſt uſusfructus: ſed reale, & proximum dominio, cujuſmodi eſt emphyteuticum, & quod vulgo appellatur dominium utile. Nam & poſſeſſiones ſuas hæredibus relinquere, & cuivis extraneo in jure cedere, Ulp. *d. tit.* 19. §. 8. Theoph. *hic* & ſervitutem his imponere poterant, *l.* 3. *C. de ſerv.*

Sunt autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis) Nemo hinc colligat, prædia omnia, quæ in provinciis erant, vectigalia fuiſſe. Certum enim eſt, multas civitates beneficio populi, aut Principum jus habuiſſe Latii, ſive Italiæ, & ſine eo jure colonias nonnullas provinciales, & civitates immunes fuiſſe, *l.* 1. §. *pen. l. ult. de cenſ.* Cic. III. *in Verr.* Plin. *lib.* III. *nat. hiſt. c.* 3. & 11. Sed hic ſenſus eſt, prædia, quæ in provinciis ſunt, quæ ſtipendium aut tributum pendunt, ſtipendiaria dici & tributaria, uti poſſeſſores eorum dicuntur ſtipendiarii & tributarii. Tributum, ſi Theophilo credimus, inferebatur Principi, ſtipendium populo. Hinc provinciæ Cæſaris tributariæ, populi ſtipendiariæ. De quo tamen dubito, magiſque puto verba iſta dici συνώνυμως. Nam conſtat, Principes ſenſim ſibi provincias omnes ſepoſuiſſe, neque diu ratam manſiſſe partitionem illam provinciarum, quam cum populo Auguſtum feciſſe refert Suet. *c.* 7. Certe tempore Juſtiniani, ut fiſci & ærarii, ita & ſtipendii & tributi nulla fuit differentia. In libris Pand. aliquando ſeparantur ut in *l.* 7. §. 2. *de uſufr. l. neque* 13. *de imp. in res dot. l. auſertur* 46. §. *qui compenſationem* 4. *de jur. fiſc.* Sed tamen συνώνυμα eſſe ex auctoritate Pomponii refert Ulpian. *l. ſi ager* 27. §. 1. *de verb. Sign. Stipendium*, inquit, *a ſtipe appellatum eſt, quod per ſtipes, id eſt, modica æra colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et ſane*, inquit, *appellatur a contributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur*, ita & Feſtus in voce *Tributum*. Varro autem *lib.* IV. *de ling.* ſic dictum ſcribit, quod *tributim a ſingulis pro portione cenſus exigebatur*. Neque ſolum initio, ut ex Cic. Cæſ. Liv. Plin. Gellio diſcimus, ſtipendium & tributum promiſcuè appellata eſt ea pecunia, quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles ſuſtentaretur: ſed etiam apud poſteriores, Sueton. Eutrop. Sextum Ruffum, promiſcuum eorundem verborum uſum reperias, ut obſervavit D. Cujac. 7. *obſ.* 3. In eo tamen ſane aliqua differentia eſt, quod plerumque ſtipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus ſolvitur; unde ſtipendia facere &c. Petilius Cerealis apud Tacit. *lib.* IV. *hiſt. cap.* 74. *Neque quies*, inquit, *gentium ſine armis, neque arma ſine ſtipendiis, neque ſtipendia ſine tributis haberi queunt*. Verum hoc

ad

ad præſentem diſputationem non pertinet. Illud verum eſſe oſtendit antiquitas, quod D. Hotomannus hic notat, provincialium alios vectigales fuiſſe, alios ſtipendiarios ſive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal ſolvebant, ut decimam partem frugum: unde Decumani dicti, & eorum ager decumanus, de quibus multa Cicero III. *in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia, vel etiam in frumento pendebant. Quod & tributum ſeu ſtipendium, & teſte Cicerone V. *in Verr.* Stipendiarium dicebatur. Quanquam vectigalis appellatio latius patuit, eaſque etiam pecunias comprehendit, quæ vel prætorii, vel ſcripturæ, vel ſalis, aut viceſimæ nomine exigebantur, de quo in præſentia non quæritur, *l. ult. §. ſpecies*, 8. *de publican.* conſule Sigon. I. *de jur. civ. Rom.* 16. Freig. *in lib.* III. Cic. *in Verr.* Gœd. *ad l. inter publica* 17. §. 1. *&* *l. ſi ager* 27. *de verb. ſign.* VINN. Accuratius hæc omnia exponit V.C. Petr. Burmannus *de vectigalibus Populi Rom.* qui hic omnino conferendus. HEIN.

TEXTUS.

2. Limitatio.

41. *Vendita vero res & tradita non aliter emptori acquiruntur, quam ſi is venditori pretium ſolverit, vel alio modo ei ſatisfecerit, veluti expromiſſore, aut pignore dato: quod quanquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur & jure gentium, id eſt, jure naturali, id effici. Sed ſi is, qui vendidit, fidem emptoris ſequutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem emptoris fieri.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ex ceteris cauſis dominium traditione ſtatim tranſeat, ex cauſa emptionis non aliter, quam ſi pretium ſolutum ſit, &c.*
2. *Satisfacere & ſolvere, item fidejubere & expromittere, quomodo differant?*
3. *An præſumatur venditor fidem emptoris ſecutus ex eo, quod ſimpliciter rem tradiderit?*
4. *Ad translationem rerum immobilium quæ jure civili Batavorum deſiderentur?*

QUod hic traditur, proprium eſt emptionis. Ex alia cauſa ſi quis rem ſuam ſciens tradiderit, ſtatim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominii requiſimus: in emptione vero & tertium exigitur, ut pretium ſolutum ſit, aut neceſſitas ejus ſolvendi in
1 præſentia remiſſa. Cur vero tam varie? Nimirum quia in ceteris, qui rem ſuam ſcientes ex juſta cauſa tradunt, veluti ex cauſa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifeſta eſt: in venditore non eſt, ſi nihil amplius de voluntate ejus conſtet: quippe qui ex communi hominum ſenſu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluiſſe cenſeri debeat, ſi pecunia ſibi ſoluta ſit, (hanc enim ſpectat, & protinus ſibi numerari velle videtur, qui rem vendit) quam animum habuiſſe rem ſuam pure & ſimpliciter in emptorem transferendi. Conſtat autem, ejus quod ſub conditione datur, aut traditur, dominium in accipientem non ſtatim tranſire, *l.8. de reb. cred.*

Vel alio modo ei ſatisfecerit) Traditur hoc idem *l. quod vendidit* 19. *de cont. empt. l.* 5. *§. pen. de trib. act. fact. l. ut res*
53. *de cont. empt.* Satisfaciendi verbum generalius 2
eſt, quam ſolvendi. Qui ſolvit, utique & ſatisfacit: at non omnis ſatisfactio ſolutio eſt. Satisfacit & qui non liberatur, veluti ſi quis fidejuſſorem vel pignora det: ſolutione vero obligatio tollitur. Ait, *ei ſatisfecerit*; nimirum venditori volenti, & fidejuſſorem vel pignus loco ſolutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere ſatisfactionem vice ſolutionis, *l. 6. §. 1. quib. mod. pign. l.* 10. *de pign. act.* non magis quam ſolutionem alius rei, quam quæ debetur, *l. 2. §. 1. de reb. cred. l.* 16. *& ſeq. C. de ſolut.*

Expromiſſore) Hoc nomine etiam fidejuſſor hic intelligi videtur, ut in *l. 4. §. 3. de re jud.* Certum enim eſt, tam fidejuſſore, quam expromiſſore dato, rem emptoris fieri. *d. l. ut res* 53. *de contr. empt.* Enimvero cum proprie loquuntur Juriſconſulti, fidejuſſorem, quem alio nomine adpromiſſorem vocant, *l. ſi vero* 64. *§. 4. ſol. matr. l. in omnibus* 43. *de ſolut.* ſeparant ab expromiſſore, ut in *d. l.* 53. *de contr. empt. l. qui libertinus* 37. *§. ult. de op. libert.* Expromiſſor is proprie dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in ſe ſuſcipit, *l. ult. de ſen. Mac. d. l. qui libertinus* 37. *§. 4. de op. lib.* & ſimpliciter reus appellatur, *l. 7. §. ſervus* 8. *de dol. mal. l. ſi vero* 64. *§. 4. ſol. matr.* nempe quia promiſſor debitorem liberat, & vice ejus ſe ſolum debitorem conſtituit. Fidejuſſione autem nulla fit novatio, aut primi debitoris liberatio: ſed fidejuſſoris obligatio, ut pignus, acceſſio eſt principalis obligationis, *§. fidejuſſores* 5. *inf. de fidejuſſ. l. in omnibus* 43. *de ſolut.*

Quamquam cavetur lege 12. *tabb.*) Pleraque, quæ lege 12. tabularum cauta ſunt, rationem civilem habent, formulaſque, & ſolemnia ſpectant, ut liquet ex fragmentis, quæ a viris doctis collecta in manibus ſtudioſorum verſantur: non tamen omnia. Nam quod placet, rem venditam non aliter emptoris fieri, quam ſi pretium venditori ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, id jure & ratione naturali, ea quam dixi, efficitur: & tamen id ipſum quoque lege duodecim tabb. cautum. Non recte igitur ſic collegeris. Id cautum eſt lege civili: ergo eſt juris mere poſitivi; aut ergo id non efficitur jure gentium, ſive naturali. VINN. Inde vero eſt, quod in traditionibus, quæ nexu & mancipio fiebant, adhibenda eſſe; ænea libra, & emtor eam ære percuteret, indeque æs daret ei, a quo mancipio acciperet. vid. Caji fragmentum apud Boethium in *Comment. ad* Cic. *Top. lib.* III. Non enim translatum credebatur dominium, niſi ſatisfactum eſſet mancipanti. HEIN.

Fidem emptoris ſecutus fuerit) id eſt, fidem emptori de pretio habuerit ſine ulla ſatisfactione, *d. l.* 19. *de cond. empt.* ἐπειδὴ ἑκούσιος ἐπίστευσε καὶ τῇ ψιλῇ ὁμολογίᾳ αὐτοῦ, quod ex circumſtantiis æſtimandum; veluti ſi dies ſolutioni dicta ſit, *l.* 3. *C. de pact. int. empt. & vend.* aut ſi, cum emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I, licet: nunc non requi-
ro;

3 ro; poſtea dabis. Plane ſi nulla mentio facta ſit de pretio poſtea ſolvendo, ex eo ſolo quod venditor rem tradidit, cenſeri non debet fidem emptori habuiſſe, ut hic locus & *d. l.* 19. apertiſſime oſtendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schneid. tradit: *In dubio qui rem venditam ſimpliciter emptori tradit, ſequi videtur fidem emptoris; niſi contrarium appareat:* convertenda eſt, & ſic concipienda: *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur ſequi fidem emptoris, niſi emptor contrarium doceat.* Atque ita communiter DD. ſuo tempore tenuiſſe refert Jo. Fab. & probant Weſemb.
4 & Bachov. Jure civili Batavorum ad tranſlationem ſive alienationem prædiorum, cenſuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non ſufficit ea privatim tradita eſſe, licet a domino, qui plenam rerum ſuarum adminiſtrationem habet: ſed neceſſe eſt, ut earum rerum traditio fiat publice & coram judice ejus loci, in quo ſitæ ſunt: privatim aut apud alium judicem facta nullius momenti habetur; exceptis bonis feudalibus, quorum traditio facienda coram domino feudi ejuſve vicario & paribus curiæ. Hoc enim cum antea quibuſdam dumtaxat in locis ex conſuetudine obſervaretur, generali lege ſancitum eſt a Carolo Quinto anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut hujuſmodi traditiones actis inſinuarentur, hoc eſt, referrentur in literas publicas, & ſi ex cauſa venditionis aut permutationis fierent, quadrageſima pretii aut juſtæ rei æſtimationis in uſum publicum fiſco penderetur, *fac. art.* 37. *Ord. pol.* D. Grot. *lib.* II. *man. cap.* 5. *& ibi* Groen.

TEXTUS.

3. Ampliatio.

42. ***Nihil autem intereſt, utrum ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei poſſeſſio permiſſa ſit. Qua ratione ſi cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa fuerit a domino, iſque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, faciet eam accipientis.***

COMMENTARIUS.

1. *Diſtinctio, quæ vulgo fit inter procuratorem, cui ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio commiſſa eſt, & procuratorem cum libera, ut loquuntur, late improbatur.*

CUm ad dominium traditione transferendum neceſſe ſit, ut dictum eſt, ut res tradatur a domino, hoc nunc ex Cajo *l.* 9. §. *nihil autem* 4. *hoc tit.* declarat Imp. atque ſic eſſe accipiendum ait, ut nihil interſit, utrum dominus ipſe per ſe rem alicui tradat, an alius voluntate ejus: quippe quod quis per alium facit, dum ei mandat aut jubet, ut faciat, id ipſum eum facere videri. *l.* 5. §. 3. *de adm. tut. l.* 1. §. *dejeciſſe* 12. *de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei poſſeſſio permiſſa eſt) Hotom. reſtituit, *cui ejus rei poteſtas permiſſa eſt*, quod quidem ſenſum habet commodiorem: ſed tota hæc adjectio abeſt a Cajo, & paraphraſte Græco. Unde ſuſpicor, gloſſema eſſe, quod in textum repſerit: ob eamque cauſam etiam a Cujacio hoc omiſſum.

Si cui libera univerſorum negotiorum) Si nominatim alicui mandatum ſit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin ſi mandato perſeverante id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem., *l. ſolutum* 11. §. *ult. de pign. act. l. reſtituta* 37. *in fin. pr. ad Sen. Treb. l. fundi* 33. *de acq. poſſ.* nec ulla hic exceptio eſt: quoniam in ſpeciali mandato non poteſt dubitari de voluntate domini. An autem & mandati generalis hæc vis ſit, ut procurator, cui univerſorum bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, poſſit rem ad adminiſtrationem ſuam pertinentem ſine exceptione alienare, aut in alium transferre, quæri ſolet. 1
DD. comm. duo genera ejuſmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio commiſſa eſt: alterum, quibus commiſſa eſt libera, nominatim ſc. hoc adjecto & procuratorem cum libera (ſic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi: eam autem, cui ſimpliciter adminiſtratio mandata eſt, nihil alienare poſſe, præter fructus aut res alias, quæ facile corrumpi poſſunt. Verum hæc diſtinctio, ut commentitia & veteribus incognita, a Duar. ad *l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *de acq. poſſ.* Donell. *l.* IV. *comm.* 15. Vaud. 2. *quæſt.* 47. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et vero ſi ex mandato æſtimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem eſſe debere horum procuratorum poteſtatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim intereſt ſimpliciter alicui bonorum univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo libera? Non magis hæc differunt, quam hæres ſimpliciter inſtitutus, & inſtitutus ex aſſe. Adminiſtratio quantumvis ſimpliciter tradita, nihilominus libere tradita intelligitur: quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam ſi ſpecialiter de ſingulis mandatum eſſet, excepto ſi quid generali cujuſmodicunque mandato non continetur: qualia ſunt, donatio, *l.* 7. *de donat.* manumiſſio, *l. ſervus* 13. *de manumiſſ.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l.* 1. §. 1. *quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l.* 7. §. 1. *quib. mod. pign. ſolv.* item quævis alia juris dominici remiſſio, *l. mandato* 60. *de procur. l. præſes* 12. *C. de tranſact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adminiſtrationis. *l. procurator tutorum* 63. *de procur.* junct. *l.* 12. *& ult. de cur. fur. l. procuratorem* 16. *C. de procur. l.* 1. §. 1. *de off. procur. Cæſ.* Hinc cui ſimpliciter rerum gerendarum provincia demandata eſt, rem domini in judicium deducit, *l.* 12. *de pact.* quod illis tantum licet, qui domini loco habentur, *l. tutor.* 22. *& l.* 27. *de adm. tut.* poteſt exigere & accipere *l.* 11. *de pact. l. qui hominem* 34. §. 3. *de ſolut.* creditoribus ſolvere, *l. quodlibet* 87. *eod. tit.* novare, *l.* 20. §. 1. *de novat.* poteſt tranſigere, paciſci, jusjurandum deferre, *d. l. præſes* 2. *C. de tranſact. d. l.* 12. *de pact. l. jusjurandum* 17. §. *ult. de jurejur.* modo ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. l. tutor* 35. *d. tit. de jurejur.* Poteſt rem domini pignori dare, ſi mandatum acceperit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere, *l.* 12. *de pign. act.* poteſt vendere ea, quæ ſervando ſervari non poſſunt *l. procurator* 63. *de procur.* & qua-

quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *arg. l. 12. & l. ult. de cur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera adminiſtratio permiſſa eſt; ut enim maxime libera ſit, adminiſtratio tamen eſt, nihil amplius. Quod igitur de hujuſmodi procuratore traditur, poſſe eum aliud pro alio permutare, *l. procurator* 58. *de proc.* hoc & in ſuperiore verum eſt: in utroque autem ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationis id flagitet: eodemque modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Cajum *d.l.* 9. §.4. *eod.* relatum eſt, procuratorem cum libera rem ex negotiis ſibi commiſſis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane poteſt mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ, alioqui aut non conceſſa, aut non tam plene conceſſa intelliguntur, ut in ſpecie *l. creditor* 60. §. *Lucius* 4. *mand.* Argumentum quod ab adminiſtratione peculii ſumptum ad diſtinctionem ſuam probandam DD. afferunt, nullum eſt, & diſtinctio adminiſtrationis peculii in ſimplicem & liberam ex *l.* 10. *C. quod cum eo qui in al. pot.* ipſa quoque ſuſpecta, confer *l. ſi convenerit* 18. §. *ult. de pign. act. l. ſi quis* 41. §. *ult. de rei vind. l. pen.* §. 3. *de div. & temp. præſc. l.* 13. *in fin. de cond. ind. l. libera* 48. *pr.* & §. 1. *de pecul. l. ult. de novat. l. contra* 28. §. 3. *de pact. l.* 8. §. *an paciſci* 5. *quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Vaudus animadvertit *d. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam. aut ſervo liberam peculii adminiſtrationem habentibus, in adminiſtratione rei peculiaris, quam procuratori univerſorum bonorum in rebus mandatis: propterea quod peculium eſt, quaſi proprium patrimonium ſervi filiive familias, a ſubſtantia & rationibus domini patriſve ſeparatum atque abſtractum, *l.* 5. *l. peculium* 39. *de pecul.* quod longe diverſum ſit in procuratore. Adhæc unam eandemque ſervi & domini, unam patris & filii perſonam videri. *l.* 10. *de opt. leg. l. ult. in fin. C. de impub. ſubſt.* §. 4. & §. *poſt mortem* 12. *infr. de inut. ſtip.* Utcumque ſit, certe alienationem, ut donent, aut jus aliquod gratuito remittant, vi generalis mandati non habent, *l.* 3. §. *ſi ſervum* 8. *de don. int. vir. & uxor. l.* 1. §. 1. *qua res pign. dat. l.* 7. *de donat. l.* 3. §. 2. *verſ. ſi filiusfam. de Sen. Mac. l. contra juris.* 28. §. 2. *de pact.*

Textus.

De quaſi traditione. Si traditio ex alia cauſa præceſſerit.

43. *Interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit ad rem transferendam: veluti ſi rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te depoſuerit, poſtea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea cauſa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipſo, quod patitur tuam eſſe, ſtatim tibi acquiritur proprietas, perinde ac ſi eo nomine tibi tradita fuiſſet.*

Notæ.

43. *Perinde ac ſi eo nomine*) Fictione ſcilicet brevis manus, ut una actio hic occultetur, *l.* 3. §. *pen. D. de don. int. vir. & ux.* Fingitur res ex priori cauſa reſtituta, & ex poſteriore denuo tradita.

Commentarius.

Dictum eſt in explicatione §. *per traditionem* 40. *ſup. eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis, ſed traditione. Nihil autem intereſſe vere traditio fiat & naturaliter, an ficte & per repræſentationem. Fictæ traditionis uſus in rebus incorporalibus neceſſarius eſt; utpote quæ natura traditionem non recipiunt, *l. ſervus* 43. §. 1. *hoc tit.* pro traditione autem in his eſt utendi conceſſio, *l. ult. de ſerv. l.* 3. *de uſufr.* In aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior eſſet ratio commerciorum: & in his rebus fingitur traditio intervenire, ſi ea vel nota ſive ſymbolo aut alia re quapiam repræſentetur; vel res geratur brevi manu. De ea, quæ ſymbolo fit, dicetur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit, cum vel rem meam, quæ apud te ſit ex alia cauſa, tibi vendo aut dono: ad quam ſpeciem pertinent exempla hoc §. propoſita ex Cajo *l.* 9. §. *interdum* 5. *eod.* vel cum eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, juſſero tibi dare, *l.* 3. §. *pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas) Non quæ plane & per ſe nuda ſit; aut præter conſenſum nihil habeat, quemadmodum, cum dicimus, ex pacto nudo actionem non naſci, nudum intelligimus, quod ſimpliciter nudum eſt, hoc eſt tale, quod præter conventionem nihil cauſæ habeat ad obligandum eum, qui pactus eſt. *l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod.* Nam cum ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiſcendum, pluſquam manifeſtum eſt, dominium ex eo transferri non poſſe. Non etiam quæ nuda ſit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accipimus, cum traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, qua convenit, ut res pignori ſit ſine ulla traditione, *l.* 1. *de pign. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id eſt, nuda a vera & naturali traditione, quæ cauſam transferendi ſequatur. Nam ſi nuda ſit ab omni non tantum reali, ſed etiam ficta & ſymbolica traditione, ſola voluntas dominium transferre non poteſt. Eodem ſenſu quarundam rerum poſſeſſio animo apprehendi dicitur, *l. antepen. de acq. poſſ.* nimirum oppoſitive ad actualem & naturalem apprehenſionem.

Commodaverit, locaverit, aut apud te depoſuerit) Vel etiam pignori tibi dederit, *l.* 9. §. 1. *de publ. in rem. act.* Nec videberis cauſam poſſeſſionis tibi mutare, qui ne poſſidebas quidem, *l.* 3. §. *ſed ſi* 20. *de acq. poſſ.* Sed & ſi rem meam poſſideas, & eam tibi vendam aut tibi habere jubeam, fiet tua, quamvis poſſeſſio apud me non fuerit, *l. ſi ſervus* 21. §. 1. *hoc tit. l.* 10. *de donat. l. ſi rem* 62. *de evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinet ſpecies *l* 3. §. *pen. & ult de don. int. vir. & ux.* ſi id, quod alius mihi dare volebat, juſſerim Titio dari; quamvis fictio nonnihil diſſimilis & inter tres perſonas.

Ver-

Perinde ac ſi eo nomine tibi tradita eſſet) Apparet, hic actum aliquem adſciſci ſive fingi, qui pro traditione ſit; cùm cauſam transferendi nulla ſequatur traditio ſecundum ordinem naturæ: & ideo in propoſito dicitur res pro tradita haberi, *d. l. ſi rem 62. de evict. & hoc* §. dominium transferri nuda voluntate. Fictio ſive cogitatio talis eſt: creditur res tibi commodata aut apud te depoſita, domino, qui eam poſtea tibi vendidit aut donavit, reſtituta, atque ab eo mox ex ea cauſa tibi tradita. Quod Conſultis ideo excogitatum eſt: quia hoc modo celerius & ſine inutili circuitu ad finem propoſitum pervenitur. *d. l. 3. §. pen. de don. int. vir. & ux.* Unde in ſimili, ſi debitorem meum juſſerim tibi dare, fingitur brevi manu acceptum a me, & tibi datum; ut una actio hic occultetur, *d. l. 3. §. pen. & ult. l. licet 43. §. 1. de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & in iis, quæ ſingulariter circa pecuniam creditam recepta eſſe ſcribit Ulpian. *l. ſingularia 15. de reb. cred.* ſive res geratur inter tres perſonas, veluti ſi Titium pecuniam, quam mihi debebat, juſſerim Sejo mutuo dare: ſive inter duas, puta ſi convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati cauſa debes, crediti nomine retineas. In utraque enim hac ſpecie fingitur mihi data pecunia, & a me ad te aut ad Sejum profecta: quanquam Africanus, ſtricti juris retinentior, fictionem iſtam non videtur admittere in ſpecie poſteriore. Vid. *l. qui negotia 34. mand.* ejuſque interpretem Cujac. 8. *ad African.* Sunt tamen qui putant, abſentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quaſi factum fingi non poſſit jure, niſi & per rerum naturam fieri potuerit, per *l. falſus 43. §. 2. de furt.* & ideo Ulpiani ſententiam admittendam cenſent, ſi debitor præſens ſit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore abſente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe diſerte Africanum loqui de eo, qui epiſtolam miſit ad creditorem, ac proinde de eo, qui abſit. D. Don. in *d. l. ſingularia 15. de reb. cred. n. 22. & ſeqq.* Utut ſit, hoc jure nunc utimur, ut abſentia hujuſmodi fictiones non impediat. Plura diximus *lib. 1. ſelect. quæſt. c. 40.*

TEXTUS.

De traditione clavium.

44. *Item ſi quis merces in horreo depoſitas vendiderit, ſimul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

NOTÆ.

44. *Tradiderit emptori*) Apud horreum, *d. l. 74.* in re præſenti, *l. 1. §. pen. D. de acq. poſſ.*

COMMENTARIUS.

HOc §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut ſymbolo veram repræſentat; cujus una ſpecies proponitur, ſi mercibus certo loco concluſis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, *ex d. l. qua ratione 9. §. item ſi 6. hoc tit.* Sunt autem hujus generis & aliæ ſpecies, veluti traditio inſtrumenti, quo tradito res ipſa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & tranſlata intelligitur: *l. 1. C. de donat.* Trabium & tignorum obſignatio pro eorum traditione valet, *l. quod ſi 14. §. 1. de per. & comm. rei vend.* Item cuſtodis appoſitio, ſi res non facile loco moveri poſſint propter magnitudinem ponderis. *l. antepen. de acq. poſſ.* Poteſt & ſine nota actus aliquis traditionem repræſentare: nam ſi in re præſenti & aperta dominus eam ſe mihi tradere dicat, ego ſim hoc animo, ut velim poſſidere, hic placuit me poſſeſſionem nanciſci oculis & affectu, perindeque hoc haberi, ac ſi pedem finibus intuliſſem, corpore ac manu rem apprehendiſſem, *l. 1. §. pen. l. quod meo 18. §. 2. de acq. poſſ.*

Simul atque claves horrei tradiderit) Clavibus horrei aut cellæ traditis, etſi merces incluſæ, frumentum, vinum, oculis & ſenſibus non ſubjiciantur, earum tamen rerum poſſeſſio & dominium nobis acquiritur, haud ſecus ac ſi res ipſæ conditæ nobis traditæ eſſent, *d. l. qua ratione 9. §. item ſi 6. d. l. 1. §. pen. l. clavibus 74. de contr. empt.* Ceterum hoc ita, ſi clavis traditæ ſint apud ipſum locum, in quo res conditæ ſunt, *d. l. clavibus 74.* Nam & ſymbolica traditio talis eſſe debet, ut per eam res poteſtati noſtræ ſtatim ſubjiciatur: quod non fit, ſi alibi claves tradantur: & ideo recte hoc expreſſit Theoph. *ἐαν παρεστως τῳ ὡρειῳ.*

TEXTUS.

De Miſſilibus.

45. *Hoc amplius, interdum & in incertam perſonam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, prætores & conſules cum miſſilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quiſque ſit excepturus: & tamen quia volunt, quod quiſque accèperit, ejus eſſe, ſtatim eum dominum efficiunt.*

COMMENTARIUS.

ETſi regulariter in translatione dominii non minus perſona accipientis, quam tradentis certa eſſe debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in perſonam accipientis incertam, veluti cum miſſilia jactantur, aut ſparguntur in vulgus, quod exemplum hoc loco proponitur, & *l. 9. §. pen. eod.* Etenim qui pecunias ſuas ita ſpargit, aut projicit, in nullius certæ perſonæ deſtinationem fertur, & plane ignorat, quis quid earum rerum ſit accepturus. Utique tamen quia palam eſt, velle eum, quod quiſque ex ſparſo apprehenderit, id ſibi habere, æquiſſimum eſt & naturali rationi conſentaneum, ratam haberi domini voluntatem, *arg. §. per traditionem 40. ſup. eod.* Poterat videri, quod ita ſparſum eſt, pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius: ſed magis eſt, ut ex voluntate domini traditum ſibi accepiſſe dicamus, cum in eum finem pecunia ſparſa ſit, ut ſtatim apprehenderetur, & quantum apprehenſum eſſet, fieret apprehendentis; quo animo non eſt is, qui rem pro derelicto habet. VINN. Immo certiſſi-

mum eſt, miſſilia noſtra fieri non per traditionem, ſed per occupationem, quia qui illa ſpargit, eorum dominio vero ſeſe abdicat, antequam quis ea adprehenderit. Quorum dominio nos abdicavimus, ea ſunt derelicta. Res pro derelictis habitæ cedunt occupanti. Nec ratio Vinnii aliud ſuadet. Omnes enim res pro derelictis habitæ eo fine abjiciuntur, ut apprehendantur, & quantum quiſque adprehenderit, fiat adprehendentis. Quo animo eſſe derelinquentem, cur neget auctor noſter, equidem non video. HEIN.

Prætores & conſules) Deſunt hæc apud Cajum: & vix eſt ut reperias, magiſtratus populi Romani conſules aut prætores miſſilia ſparſiſſe. Principes id factitaſſe legimus apud Sueton. *in Auguſt. c.* 98. *in Caligul. c.*18. *in Neron. c.*11. Ut conſules ſparſerint, e Græcorum conſuetudine fluxiſſe videtur: quam Marcianus non ſine cauſa ſuſtulit, *l.* 2. *C. de conſul. & non ſparg. pec. lib.*12. revocavit ad certum modum Juſtinian. *Nov.* 105. *c.*2. §. 1. qua conſtitutione permittitur volentibus conſulibus miſſilia ſpargere & muneribus honorare populum, dum ne id ſæpius faciant, quam ſepties in anno, & in ſeptem proceſſionibus: nec aurum populo ſpargant, quod ſoli datur imperio. Hæc conſtitutio iterum abrogatur a Leone, uſuſque miſſilium conſulibus in totum interdicitur, *Nov. Leon.* 94.

T E X T U S.

De habitis pro derelicto.

46. *Qua ratione verius eſſe videtur, ſi rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, ſtatim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum ſuarum eſſe nolit: ideoque ſtatim dominus ejus eſſe deſinit.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quæ requirantur, ut res pro derelicto habita cenſeatur*
2. *Pro derelicto habita ſtatim noſtra eſſe deſinere, alterius autem non fieri, niſi poſſeſſio eorum apprehenſa fuerit.*

Res pro derelicto habita ſtatim noſtra eſſe deſi- 1
nit, & nullius fit, ideoque ſecundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut ſupra quoque monuimus §. *item lapilli* 18. *eod.* Ad traditionem referri non poteſt, ut ſpecies ſuperior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluiſſe eam ejus fieri, qui primus eam ſuſtulerit aut occupaverit, *l.* 5. §.1. *pro derel.* non tamen ea mente eam abjicit aut deſerit, non laborat ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam ſpargit. Sparſio ſpecies donationis eſt, & liberalitas, qua, qui ſpargit, populum demereri ſtudet: abjectione autem aut deſertione hoc ſaltem agitur, ut ne res amplius in bonis ſit.

1 *Quod dominus ea mente abjecerit*) Duo exigit hæc definitio, ut res pro derelicto habita cenſeatur; primum ut quis rem ſuam amplius ſuam eſſe nolit: tum ut quam non vult amplius ſuam eſſe, eam abjiciat aut deſerat: alterutrum ſi deſit dominium non amittitur. Fac ergo, rem a domino abjici aut deſeri, non ea tamen mente, ut eam a ſe amoveat, aut amplius ſuam eſſe nolit; nihil hic amittitur, §. *ſeq.* Fac e converſo, nolle amplius ſuam eſſe, niſi eam abjiciat, aut ſi immobilis eſt, ab ea diſcedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit: dominus eſſe non deſinit: in quo dominium differt a poſſeſſione, quæ ſolo animo amittitur, *l. ſi quis* 17. §. 1. *de acq. poſſ.*

Vinnius in Inſtitut.

Ideoque ſtatim dominus eſſe deſinit) Res pro derelicto habita ſtatim ut abjecta aut deſerta eſt, noſtra eſſe deſinit; quia iiſdem modis res deſinunt eſſe noſtræ, quibus noſtræ fiunt, *l.* 1. *pro derel.* Unde recte a Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ tunc demum a nobis abire, cum ab alio occupata eſſet, *l.*2. §.1. *d. tit.* ſic enim fieret, ut ſi quis eam rem fuſandi animo abſtuliſſet, furtum commiſiſſe intelligeretur: quod eſt abſurdum, *l. falſus* 43. §. 5. *de furt.* Quod ſi dominus non ſit, a quo res derelicta eſt, non fit ſtatim occupantis; ſed poterit, qui occupavit, eam uſucapere, *l.* 4. *pro derel.* Illud 2
conſtat, pro derelicto habita, ut cetera, quæ nullius ſunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, ſed qui primus poſſeſſionem eorum nactus ſit. Sic Acanthos inſula deſerta adjudicata fuit Chalcidenſibus, qui priores intraverant; non Andriis, qui priores jaculum immiſerant, Plutarch. *qu. Græc.* 29. quoniam poſſeſſionis initium, eſt corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maxime fit manibus; circa res ſoli, pedibus, D. Grot. *mnr. lib. c.* 2. Sunt qui pro derelicto habita fiſco nunc adſcribenda tradunt, D. Cyprian. Regn. *cenſ. Belg. hic* poſt Zypæ *notit. jur. Belg. tit. de jur. fiſc.* quibus non aſſentior, per ea, quæ nos ad §. 39. *ſup. eod.* & Groenew. *de ll. abrog. ibid.*

T E X T U S.

De jactis in mare levandæ navis cauſa. Item, de his quæ de rheda currente cadunt.

47. *Alia ſane cauſa eſt earum rerum, quæ in tempeſtate levandæ navis cauſa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent: quia palam eſt, eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, ſed quo magis cum ipſa navi maris periculum effugiat. Qua de cauſa ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam in ipſo mari nactus, lucrandi animo abſtulerit, furtum committit. Nec longe videntur diſcedere ab his, quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt.*

N O T Æ.

47. *Furtum committit*) Hujus loci interpretem habes Ulpian. *d. l.* 43. §. *pen.* & §. 4. *cum aliquot ſeqq. ff. de furt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ levandæ navis gratia ejiciuntur, non eo animo abjici videri, quod quis ea habere nolit.*
2. *Eum, qui alienum quid in via jacens lucri faciendi cauſa tollit, furti obſtringi, licet ignoret cujus ſit.*
3. *Quid, ſi nemo rem inventam poſt proclamationem repetat.*
4. *An præmium indicii honeſte peti poſſit.*
5. *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat.*

EX iis, quæ præcedenti §. dicta ſunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non eſſe, quod dominus non ideo abjecit, quia amplius ſuum eſſe non vult, ſed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit, manere, nec fieri apprehendentis. Id hoc §. declaratur exemplo rerum in tempeſtate levandæ navis cauſa ejectarum.

1 *Non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit*) Qui oborta tempeſtate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant: quippe ſi invenerint, ablaturos: & ſi ſuſpicati fuerint, in quem locum ejectæ ſunt, requiſituros; ſed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc eſt, ac ſi quis onere preſſus in viam rem abjecerit; mox cum aliis reverſurus, ut eam auferat, *l. 8. ad leg. Rhod.* quam ob cauſam res ita jactas dominorum permanere recte hic concludit Juſtinianus cum Cajo in *l. 9. §. ult. hoc tit.* & Paulo *l. 2. in fin. ad leg. Rhod. fac. l. ſi quis merces 7. pro derel. l. interdum 21. §. 1. de acq. poſſ. l. quæcunque 58. hoc tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, exiſtimans, eum a ceteris omnibus diſſenſiſſe, ac putaſſe, jactum fieri animo derelinquendi, aut ſaltem credendum eſſe, plerumque eo animo fieri, & quaſi periturum ſit, quod jactatur: ſic enim ſcribit in *l. falſus creditor 43. §. pen. de furt.* Reſpondet Weſembecius, Ulpianum eo loco de jactu ſpontaneo loqui, de eo videlicet, qui ſimpliciter nec urgente ulla neceſſitate res aliquas in mare projicit: hunc in hac actione mere voluntaria credibile eſſe pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam reſponſionem, licet eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipſe non parum juvat, nam ex fine *d. §. pen.* manifeſtum eſt, Ulpianum diſtinxiſſe inter id, quod ſimpliciter & non ſimpliciter jactatum ſit.

Cum ipſa navi maris periculum effugiat) Mercator nunquam mercium ſuarum jacturam faceret, niſi ſperaret, majus ſe malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, ut hæc actio mixta ſit ex ſpontaneo & invito. Invita eſt, ſi cauſam ſpectes, quæ extrinſecus impellit, ut jactura fiat: ſpontanea, ſi cauſam proximam & principium internum, conſilium mortis evitandæ. Quin etiam, plus voluntarii quam inviti hujuſmodi actiones habent; niſi enim voluntate conſentiente fierent, in exequendo miniſterium non præberent membra corporis. Conſule Ariſt. III. *eth.* I.

Lucrandi animo) Secus eſt, ſi hoc animo, ut rem ſalvam faceret & reſtitueret domino, aut ſi, putans, ſimpliciter ſive ſponte jactatam prove derelicto habitam, *d. l. falſus creditor 43. §. pen. & §. ſed ſi 6. de furt.* Bene hoc intellexit Dæmones in Rudente Plautina, qui vidulum a ſervo ſuo in mari repertum alienum eſſe judicat, non ſuum, *act. 4. ſcen. 2.*

Quæ de rheda currente cadunt.) Comparantur res in tempeſtate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in via, quas certum eſt dominorum permanere, eumque qui alienum quid jacens in via lucri faciendi cauſa tollit, furti obſtringi: in tantum, ut nihil interſit, ſciverit an ignoraverit, cujus eſſent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod, cujus ſit, ignoret, *d. l. falſus 43. §. qui alienum 4.* quippe cum omnes ſcire debeant, quod ſuum non eſt, hoc ad alios modis omnibus pertinere. *l. ult. C. unde vi.* At, ſi non ut lucretur, ſuſtulit, ſed redditurus ei, cujus id eſſe poſtea apparuerit, furti non tenetur. Proinde ſi neſcit, cujus ſit, recte probeque faciet, ſi libellum proponat, continentem, inveniſſe ſe, & redditurum ei, qui ſuum id eſſe demonſtraverit: hoc enim facto palam oſtendet, ſe non tuliſſe eam rem animo furandi, *d. l. falſus 43. §. ſed ſi 7. & ſeq.* Quid ergo, ſi poſt hujuſmodi 3 libellum propoſitum, aut (ſicubi conſuetudo) poſt inſinuationem præconis voce factam, nemo ſeſe offerat, qui rem inventam ut ſuam repetat? Poterit inventor, ſi pauper eſt, eam ſibi ceu munere Dei collatam retinere; ſin dives eſt, bene & pie fecerit, ſi in uſus & alimoniam pauperum eam convertat, ita Bart. ad *d. l. falſus 43. §. qui alienum 4.* Fab. Cantiunc. Schneid. *hic.* Qui hoc obiter etiam tractant, an is, qui rem 4 alienam invenit & indicavit, ſi nihil impenſæ ejus gratia fecit, præmium indicii honeſte petere poſſit: & ajunt, non poſſe, quamvis ultro oblatum honeſte accipiatur: quod etiam ſatis aperte ſignificat Ulp. *d. l. falſus 43. §. quid ergo 9.* ubi pro eo, quod in vulgatis editionibus omnibus atque in ipſo etiam Piſano codice legitur, *Quid ergo, ſi εὕρετρα, quæ dicunt, petat, &c.* Budæus ex veſtigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipſe ait, reſtituit, *Quid ergo, ſi ea, quæ dicunt, Græci, μήνυτρα, petat,* ſed nulla neceſſitate: nam εὕρετρον non minus Græcum eſt, quam μήνυτρον, atque ut hoc præmium indicinæ, ita illud præmium inventionis ſignificat. Illud non ambigitur, poſſe, ſi res nondum reperta eſt, ejus perquirendæ nomine & peti honeſte, indicium & accipi, *fac. l. 5. §. ſi tibi 4. de cond. ob turp. ca.* Hac eadem in cauſa ſunt etiam bona naufragorum, & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in littus expulſum ſurripuerunt, nova lege conſtituta eſt, publicatio omnium bonorum, *auth. navigia C. de furt.* quæ deſumpta eſt ex conſtitutionibus Frederici Secundi *de ſtatutis & conſuetudinibus contra eccleſiæ libertatem editis tollendis coll. 10.* De rebus in tempeſtate ejectis 5 aut naufragio perditis, inque littore inventis aut extractis e mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc Principum fere omnium maris accolarum commune eſt, fiſco ſtatim ut vindicarentur; adeoque ipſa etiam fragmenta & tabulas quaſſatarum ſcopuliſque illiſarum navium. Ceterum aucta navigatione inque dies magis magiſque increſcente, viſum eſt placitumque Ordinibus hujus provinciæ, ut ſuas cuique res raptas deperditaſque repetere liceat; modo id faciat intra annum & ſex ſeptimanas, impenſæque refundantur, quæ forte factæ ſunt ab harum rerum ſusceptoribus.

Hos tempore elapſo publicantur, & fiſco acquiſitæ eſſe intelliguntur, *Placit. Van de Zeedriften, Phil.* 2. qui tamen facile patitur eas redimi, Grot. II. *manuduct.* 4. Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad littus ejectarum *lib.* I. *de Republ. c.* 10. invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit: *& antiquis inuſitatum, ut, cujus opes ac fortuna naufragio miſere perierint, & quem noſtris opibus ſublevare debeamus, ejus reliquias, quas ad littus ejectas bona fide reſtitui oportebat, turpe diripi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur, ut, qui portus habent, eam crudelitatem tum in cives tum in peregrinos exequantur. Jus quæris! Error jus facit: at ſi non peccatur errore, ſed ſcientia, ſcelus eſt, quod erroris ſpecie prætenditur*. Mera ſane injuria eſt, nulla probabili cauſa præcedente ſuum alicui auferre, atque ob id antiquis ſemper religioſum fuit bona naufragorum fiſco addicere. Extat conſtitutio Conſtantini in C. *Juſtin. tit. de naufrag. lib.* 11. in hæc verba; *Si quando naufragio navis expulſa fuerit ad littus, vel ſi quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat: fiſcus meus ſeſe non interponat. Quod enim jus habet fiſcus in aliena calamitate, ut de re tam luctuoſa compendium ſectetur?* Bene Euripides *in Helena*:

Ναυαγος ἡκω ξενος, ασυλητων γενος

Dion. Pruſæenſis *orat.* 7. de naufragio locutus: Μη γαρ ειη ποτε, ω Ζευ, λαβειν μηδε κερδαναι κερδος τοιουτον απο ανθρωπων δυςυχιας. Poteſt etiam huc accomodari locus Caſſiodori *lib.* IV. *var.* 7. ubi ſic ſcribit: *Crudelitatis genus eſt, ultra naufragium velle deſævire, & illos ad diſpendia cogere, quibus inopem vitam probantur immania elementa dediſſe*; add. *auth. navigia. C. de furt.* Gail. 1. *obſerv.* 18. Gudelin. *lib.* V. *de jur. nov. cap.* 10. Chriſtin. *vol.* V. *deciſ.* 64. Grot. *de jure belli & pac. lib.* II. *c.* 7. *in pr.* Groenew. *de legib. abrog. ad l.* 1. *C. de naufrag. & ibi alleg.* Mornac. *ad l.* 2. *in fin. l.* 4. §. 1. *l.* 9. *& ibid. not. noſtras* ad Petr. Peck. *de leg. Rhod.* Doctiſſ. Salmaſius *cap.* 5. *de mod. uſur.* putat, non Conſtantinum, ſed Antoninum auctorem eſſe memoratæ conſtitutionis *ſub tit. C. Juſt. de naufrag.* id ſtilum oſtendere, & veteres libros teſtari, nec relatam eſſe ſub eod. tit. in Cod. Theodoſianum, quod & D. Contius antea obſervavit. Ea autem conſtitutione Antoninum abrogaſſe legem Rhodiam, qua parte naufragia fiſci eſſe, & ad publicanos pertinere ſanxerat, τα ναυαγια των τελωνων ειναι. atque eſſe hanc conſtitutionem poſteriorem reſcripto ejuſdem Antonini, quod extat in *l.* αξιωσις, 9. *de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remiſit. Oſtendit etiam, reſcriptum iſtud multis modis corruptum eſſe; & in d. conſtitutione pro *Vel ſi quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri ſcripti habent, legendum, *Vel ſi quando reliqua terram attigerint*. Nec dubium, quin in *d. l.* αξιωσις. 9. *de leg. Rhod. pro* ὑπο των δημοσιων. ex ejuſdem Salmaſii ſententia, quam & Grotius probat, reponendum ſit, ὑπο των δημοσιωνων, id eſt, τελωνων, a publicanis.

Titulus Secundus.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.

QUæ de acquirendo jure gentium dominio dicta ſunt titulo præcedenti, ea pertinent duntaxat ad acquiſitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipſæ in patrimonio ſunt, & ſuis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium tum civili ſingulis acquiruntur. Non eſt igitur principalis diviſio; quæ hoc titulo proponitur; ſed ſubdiviſio quædam rerum privatarum, ſive earum, quæ in bonis aut patrimonio ſunt. Cajus hanc principali continenter ſubjecit, §. 1. *de rer. div.* unde hunc tranſtulit Juſtinianus.

Textus.

Secunda rerum diviſio.

Quædam præterea res corporales ſunt, quædam incorporales. Corporales hæ ſunt, quæ ſui natura tangi poſſunt; veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea quæ in jure conſiſtunt, ſicut hæreditas, uſusfructus, uſus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale eſt, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipſum jus hæreditatis & ipſum jus utendi fruendi, & ipſum jus obligationis incorporale eſt. Eodem numero ſunt & jura prædiorum urbanorum & ruſticorum, quæ etiam ſervitutes vocantur.

Notæ.

Quædam præterea) Totus hic titulus deſcriptus eſt ex Cajo *l.* 1. §. 1. *D. de rer. div.*

Pecunia) Hic aperte pecunia inter res corporales numeratur, ut & apud Cajum *d. l.* 1. & nihil notius eſt,

quam nummos æque ac cetera corpora vindicari poſſe, *l. 14. de reb. cred. §. ult. inf. quib. al. lic.* opponuntur interdum corpori, *l. 46. D. de cond. ind. l. 5. pr. de imp. in rem dot. l. ult. de adim. leg.* at tunc non omne corpus ſimpliciter, ſed certum intelligi debet. *l. 68. D. ad ſen. Treb. l. 20. C. de accept.* & in quo præter corpus nihil conſideratur.

Ipſum jus hæreditatis (Cajus *ipſum jus ſucceſſionis* a quo & hæreditas definitur ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de verb. ſign.* ſed hæc improprie: nam ſuccedere non hæreditatis eſt, ſed hæredis. Hæreditas autem eſt res acquiſitioni ſubjecta, & quæ hæredi per ſucceſſionem acquiritur. Jus vero dicitur, quia univerſitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res ſingulas ſeorſum, *l. 119. l. 208. d. tit.* Hæc plana præ iis, quæ alii.

COMMENTARIUS.

1. *Inter res corporales etiam nummos recte numerari.*
2. *Ea, quæ in jure conſiſtere dicuntur, non eſſe mera entia rationis.*
3. *Quo ſenſu hæreditas, uſusfructus, obligatio, jura dicantur: & rebus ipſis opponantur?*
4. *Hæreditatem proprie neque ſucceſſionem eſſe, neque jus ſuccedendi, neque rem, quæ ſuccedit, ſed jus, quod per ſucceſſionem acquiritur.*
5. *Jura prædiorum quo reſpectu ſervitutes dicantur?*

S*Ui natura tangi poſſunt*) Hoc eſt, quæ ſub tactum cadunt, quas ſi præſentes ſint, corpore & manu apprehendere, ceteriſque ſenſibus percipere poſſumus. Ait autem, hujuſmodi res eſſe fundum, hominem, &c. fundum, puta Tuſculanum; hominem, Stichum: res, nimirum ſingulares & ſubſtantias primas. Nam ſecundæ ſive univerſalia a ſenſibus remota ſunt, Ariſtot. 1. *analyt. c. 31.* Utrum autem univerſalia ſint merum onus intellectus & figmenta phantaſiæ, an quid realem eſſentiam habens & revera ſubſiſtens in rebus ſingulis, philoſophorum diſputatio eſt. VINN. Sunt hæc vere ſtoica. Quum enim hi philoſophi ſenſus omnes reducerent ad tactum, corpus definiebant, *quod tangi poſſit:* Sen. *Epiſt.* 106. Idem corpora ſola *eſſe*, adfirmabant: incorporales res non *eſſe*, ſed *intelligi*. Cic. *Top. cap.* 5. Illa *res* vocabant, has *jura*. Quinctilian. *Inſt.* v. 10. Et inde facile patet, cui Paullus ſervitutes nec in bonis, nec extra bona eſſe dicat. HEIN.

1 *Aurum, argentum*) Non tantum rude, ſed etiam ſignatum, nummi aurei aut argentei, licet contra diſputet D. Hotomannus *illuſtr. quæſt.* 15. Nam oppoſitum eſt in oppoſito, ſive contradictio in adjecto, ſi quis dicat argentum ſignatum corpus non eſſe. Spectatur quidem in pecunia maxime valor publicus, *l. 1. de contr. empt.* & reſpectu hujus valoris nummus nonnunquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil conſideratur, ut in *l. quis hæredis 46. de condict. ind.* Ceterum qui nummos & pecuniam negant aliud eſſe aut ſignificare, quam valorem & quantitatem, næ illi vehementer falluntur: utique enim & materialiter pecunia conſiderari poteſt, cum materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum ſit valoris: de quo belle & docte Salmaſius *lib. de uſur. pag.* 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari poſſe, non quantitatem duntaxat; teſtis eſt Papinian. *l. ſi is 94. §. 1. de ſolut.* Quin Juſtinianus hoc ipſo tit. & Cajus *l. 1. §. 1. de rer. div.* expreſſe pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius eſt, quam nummos æque ac cetera corpora vindicari poſſe? Nihil me movet, quod apud Pomponium *l. ſi pœna 19. §. 2. de cond. ind.* legitur: Si falſo exiſtimans me debere nummos ſolvere, qui partim alieni, partim mei fuerint, ejus ſummæ partem dimidiam, non corporum, me condicere: nam & ſi frumentum meum cum alieno commixtum, cui non debebam, per errorem ſolviſſem, reſponderet Juriſconſultus, non dimidiam partem corporum, ſed quantitatis condicendam: neque tamen ex eo quiſquam colligeret, frumentum rem eſſe incorporalem; ſed habet hoc hanc rationem: quia confuſim corpora mea & aliena ſolvi, non ut certas ſpecies, ſed exiſtimans, me debere certam quantitatem. Quid, quod eo ipſo, quod ait me non condicere partem corporum, fatetur corpora eſſe. Nihil etiam quod Ulpian. *l. 5. in pr. de imp. in res dot.* ſcribit, deminutionem dotis per impenſas neceſſarias fieri ipſo jure, ubi non ſunt corpora, ſed pecunia: neque enim corpora pecuniæ opponit, ut non corpori: ſed eadem ratione, qua eodem loco corpora opponit corpori æſtimato, quod utique nemo dixerit rem eſſe incorporalem; & nimirum, ut res, quæ in ſpecie reſtituendæ ſunt, iis rebus opponuntur, quæ in genere functionem recipiunt. Conſtat enim, pecuniam eſſe rem fungibilem, cujuſmodi res eodem jure ac obligatione in dotem dantur, qualis eſt in mutuo, ut ſcilicet ſoluto quandoque matrimonio, maritus non eadem corpora, quæ accepit, reddat, ſed tantundem, *l. res in dotem 42. de jur. dot.* Idem reſpondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius ſumma aut numerata pecunia non ſimpliciter corpori, ſed certo corpori opponitur, *l. ſi hæres 68. pr. ad ſen. Treb. l. 10. de accept.*

Qualia ſunt, quæ in jure conſiſtunt) Res omnes, quæ tangi aut demonſtrari non poſſunt, ſed animo tantum cerni atque intelligi, incorporales quidem ſunt: verum non omnium earum rerum conſideratio Juriſconſulti propria eſt. Nam & angeli, & ſpiritus, & animæ res ſunt incorporeæ. Illa quoque quæ a Cicerone in *Topic.* enumerantur, uſucapio, tutela, gens, agnatio, quamvis harum rerum tractatio ad Juriſconſultum pertinet, non ſunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur, quæ acquiri poſſunt, & patrimonium noſtrum augent. Uſucapio autem non eſt res, quæ acquiritur, ſed cauſa & modus acquirendi; uti & gens & agnatio: gente enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus eſt & munus publicum.
Quid eſt ergo, quod ait: *quæ in jure conſiſtunt? Jus* 2
eſt, inquit Weſemb. *intellectus ſeu recta ratio. Quæ igitur in jure conſiſtant, ut alia omnia, quæ ſunt rationis ea tantum intelliguntur*, inquit, *non ſunt*. Ita loquitur Weſembec. quaſi exiſtimet ea, quæ in jure conſiſtere dicuntur, eſſe mera entia rationis & intentionalia duntaxat: quomodo & D. Tuningius, qui ea dicit eſſe notiones & intelligentias; quas Platonici *Ideas* vocant: neque aliud judicium Donelli fuit *lib. v. comm.* 1. Sed quæſo quid tam abſurdum eſt, quam dicere, hæreditatem, bonorum poſſeſſionem, uſumfructum, ſervitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones,

ſig-

ſigmenta eſſe intellectus, natura nihil eſſe? Amabo te, ſi tibi luculenta hæreditas relicta ſit, aut opulenti patrimonii uſusfructus, ſomniumne eſſe putabis phantaſiæ aut ideam Platonicam? quanquam ſunt αψηλαφητα και αμεταχειριστα. Sic autem habendum eſt, res hujuſmodi in jure conſiſtere dici & his corpora opponi, non quia revera & natura non ſint, aut extra conſiderationem juris non ſubſiſtant, ſed quia a jure quodammodo exiſtentiam ſuam, hoc eſt, certam ac definitam formam acceperunt; quippe jus civile harum rerum naturam quaſi pro arbitrio formare poteſt; cujuſmodi poteſtatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc ſenſu accipiendum, quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure conſiſtere, quæ a jure ſubſtantiantur, creantur & nominantur. Habent enim utique & veram ſuam eſſentiam, ſuntque omnino entia realia, ſicut & quævis alia accidentia, ita propemodum & D. Bachovius.

Sicut hæreditas, uſusfructus, uſus, & obligationes) Hæc omnia hactenus quidem recte conjunguntur, quatenus jura ſunt ſive res incorporales. Ceterum diſſimilis harum rerum ratio eſt, quatenus rebus ipſis opponuntur, ut mox oſtendemus. 3 Hæreditas univerſitatem bonorum ſignificat, in quæ hæres ſuccedit: & quia appellatione ſua univerſim bona omnia & jura defuncti, etiam quibus ille aliis tenebatur, comprehendit, hac conſideratione non inepte jus dicitur, *l. hæreditas.* 119. *l. pecunia.* 178. §. 1. *l. bonorum.* 208. *de verb. ſign.* Unde Papinian. *l. hæreditas.* 50. *de hær. pet. hæreditas*, inquit, *etiam ſine ullo corpore juris intellectum habet.* add. *l.* 3. *de bon. poſſ.* Obligatio quatenus a parte debitoris conſideratur, jus non eſt, ſed vinculum juris, quo ille adſtringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *inſ. de oblig. in pr.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adſtrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiratur & numeretur in bonis. Etenim jus illud non eſt jus in re, ſed tantum ad rem, tribuens creditori actionem in perſonam duntaxat, non rei vindicationem, & ideo tractatio de obligationibus earumque acquirendarum modis non eſt hujus loci, in quo Juſtiniano propoſitum eſt, docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non abſimilia, ſicut ipſe aperte ſignificat in §. *ult. de uſ. & hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *tit.* 14. *l.* 3. In uſu & uſufructu, quatenus uterque ut jam conſtitutus & acquiſitus conſideratur, plus eſt; ſunt enim hæc jura in re, quæ uſuario & fructuario pariunt actionem confeſſoriam, quæ in rem eſt §. 2. *inf. de act.* De horum conſtitutione & acquiſitione agitur *tit.* 4. & 5. *hujus libri*.

Nam ipſum jus hæreditatis, &c.) Nemo eſt, qui non intelligat, uſumfructum non eſſe idem, quod ſunt ipſi fructus, cum ſit jus fruendi, id eſt, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque, nemo tam fungus eſt, qui non videat aliud eſſe, quam res in obligationem deductas. Quis enim putat, rem, quæ veniit, obligationem eſſe? At quo pacto hæreditas a rebus ſingulis hæreditariis ſecernatur, non uſque adeo obvium. Quod Juſtinianus ait, ipſum jus hæreditatis incorporale eſſe. Cajus *l.* 2. §. 1. *de rer. div.* dixit, ipſum jus ſucceſſionis tale eſſe: & Africanus, *l. bonorum* 208. *de verb. ſign.* hæreditatis appellatione jus ſucceſſionis, non ſingulares res demonſtrari. Quid ergo? eſtne hæreditas jus ſucceſſionis? Si figurate id accipias pro eo jure, quod per ſucceſſionem acquiritur aut acquiri poteſt, concedo eſſe. Si proprie, nego. Quid enim aliud eſt jus ſucceſſionis, quam jus ſuccedendi? At jus ſuccedendi ex teſtamento aut lege eſt, idque hæres habet priuſquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quam eam adierit, *l. delat.* 151. *de verb. ſign.* §. *ult. de hær. qual. tot. tit. de acq. hær.* Jus ſuccedendi decedens intra annum tranſmittit ad hæredes ſuos; hæreditatem vero non tranſmittit, *l. cum in antiquioribus.* 19. *C. de jur. del.* Aliud igitur eſt jus ſucceſſionis, aliud hæreditas. Sed eſtne hæreditas ipſa ſucceſſio? Sane a noſtris definitur ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil* 24. *de verb. ſign. l. hæreditas* 62. *de reg. jur.* Verum & hoc improprie dici de hæreditate fatendum eſt: non enim ipſa hæ- 4 reditas, ſed ſuſceptio hæreditatis, ſucceſſio eſt; quippe ſuccedere non hæreditatis, ſed hæredis eſt; unde hæres paſſim univerſi juris ſucceſſor appellatur. Ad eundem modum bonorum poſſeſſio definitur jus perſequendi patrimonii, *l.* 3. §. 2. *de bon. poſſ.* nec tamen ipſa id jus eſt, ſed agnita id tribuit bonorum poſſeſſori. Hoc ita eſſe cum per ſe liquidum eſt, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum poſſeſſione, quæ effectu nihil aliud eſt, quam hæreditas, Ulpian. *d. l.* 3. *in pr.* ſcribit, 5 bona accipienda, eſſe univerſitatis cujuſque ſucceſſionem, qua ſucceditur in jus demortui, ſuſcipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui ſuccedit, & commodum atque incommodum ſuſcipit non hæreditas aut bonorum poſſeſſio, ſed hæres aut bonorum poſſeſſor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas, ut res ceteræ, objectum eſt acquiſitionis, & res, de qua acquirenda agitur; ſucceſſio, modus per quem illa acquiritur: jus ſuccedendi, jus, quo delata acquiri & obtineri poteſt. Quamobrem nec Theophilus recte hæreditatem definit eſſe jus, quod alieni patrimonii me univerſalem dominum efficit: non enim hæreditas id efficit, ſed ſucceſſio ſive hæreditatis agnitio. Imo alienum iſtud patrimonium nihil aliud eſt ſimul ſumptum, quam ipſa hæreditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem, quaſi non ſatis intelligenter, nec ad ſubtilitatem juris civilis accommodate hæreditatem definierit *pecuniam, quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure; nec ea aut legata teſtamento, aut poſſeſſione retenta ſit*: cum hæreditas, ut ait Hotomannus, *non pecunia ſit, ſed jus acquirendæ pecuniæ, ſive jus ſuccedendi*. Quanto enim intelligentius & ſubtilius Cicero, quam Hotomannus, liquet ex iis, quæ jam dicta ſunt, neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero poſuit, quenquam offendere debet, cum etiam noſtri teſtentur, pecuniæ appellatione res omnes & tam jura, quam corpora contineri, *l. pecunia.* 222. *de verb. ſign.* Auguſt. *de diſcip. Chriſti c.* 6 Totum quicquid homines poſſident, in terra pecunia vocatur, ſervus ſit vel ager, arbor, pecus, quicquid horum eſt; pecunia dicitur, ut apud Græcos χρηματα, Olympiodor. *in Phædon.* Plat. αλλοι φασιν, οτι χρηματα καλει ὁ Πλατων παντα κτηματα. Diſplicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando ſecutus ſum, qui *lib.* VI. *comm.* 2. hæreditatem eſſe contendit rem ipſam, quæ ſuccedit in univerſum jus defun-

functi, propterea quod hæreditas jacens in quibuſdam fingitur vicem perſonæ defuncti & domini ſuſtinere, *l. hæreditas* 34. *& l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom.* Nam illa conſideratione hæreditas non magis res dici poteſt, quæ quidem ſubjecta ſit acquiſitioni, quam defunctus ipſe, cujus perſonam repræſentare fingitur. Res ipſa loquitur, hæreditatem nihil aliud eſſe, quam patrimonium cujuſque defuncti cum oneribus, *Eens Overledens boedel* ut tribus verbis definit D. Grot. II. *manud.* II. ita tamen, ut appellatione ſua univerſitatem demonſtret, omniaque defuncti bona, jura, onera ſimul comprehendat, non res ſingulas ſeorſum, *l. bonorum* 208. *de verb. ſign.* Atque hoc ſenſu jus dici, corporibuſque quæ in hæreditate ſunt, opponi arbitror.

Eodem numero ſunt & jura prædiorum) Servitutes prædiorum, etiamſi corporibus accedant, incorporales tamen ſunt: quippe jus prædii non pars prædii eſt, ſed qualitas, *l.* 14. *de ſerv. l.* 4. *in pr. ſi ſerv. vind. l. quid aliud* 86. *de verb. ſign.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam ſervitutes vocari; non ſic intelligi oportet, quaſi eadem prorſus ſint jura & ſervitutes; nam ſervitus proprie non jus, ſed juris privatio & imminutio eſt: *l.* 5. *§. & belle* 9. *de op. nov. nunt.* verum, quod relata inter ſe ſint, & illa vim habeant agendi, hæ patiendi ſignificationem. In eo igitur, cui debetur, eundi puta facultas, jus dicitur; in eo, qui debet, ſervitus eſt & juris imminutio. In illo ſervitus active, in hoc paſſive. Vinn. Sunt itaque ſervitutes omnino jura prædiorum, puta dominantium, quia prædium prædio ſervit. Sed non omnia jura prædiorum ſunt ſervitutes, quia & plura alia ſunt prædiorum jura, ut bonitas, ſalubritas, amplitudo. *l.* 86. *de V.S.* item jus venandi, coquendi cereviſiam, aliaque quæ nullam vicino prædio patiendi vel non faciendi neceſſitatem imponunt. Hein.

Titulus Tertius.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

Dig. Lib. 8. *Tit.* 1. *&* 2. *C. Lib.* 3. *Tit.* 34.

1. *Servitutis, qualem hic intelligimus, definitio, ejuſque explicatio.*
2. *Species ſervitutis. Quid ſit ſervitus prædii; quid ea requirat: de quo tamen latius num.* 4.
3. *Omnes ſervitutes prædiorum perpetuam cauſam habere debere: & quid veteres per cauſam perpetuam intelligant.*

Servitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur: ſed per translationem & longe alio ſignificatu, quam cum perſonæ ſervire dicuntur in diſputatione de ſtatu hominum. Illic ſuo quæque domino perſona ſervit; libera eſt, quæ dominum non habet: at res ſervire dicuntur, non quæ domino ſuo ſerviunt, ſed quæ domino ſuo non omnia officia præſtare poſſunt, verum quædam præſtare coguntur alteri & non domino; liberæ eſſe, quæ uni & ſoli domino omnia præſtant, *quo fac. l. qui uti.* 90. *de verb. ſign.* Etenim quod ex re ſua percipit dominus, id ei res ipſa ultro præſtare videtur, liberèque id facere, & cum quadam velut propenſione voluntatis, quaſi natura ita facta, ut id velit. Cum autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam ſervire videtur, quaſi amiſſa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitioſa igitur plane eſt diviſio, qua ſervitus diſtribuitur in tres ſpecies; in mere perſonalem, mere realem, & mixtam: nam mere perſonalis, quæ hominum eſt, & ſola proprie ſervitus, una cum reliquis, quæ tantum ἀναλόγως id ſunt, quod dicuntur, eidem generi ut ſpecies ejuſdem ſubjici non poteſt. Igitur ſervitus, qualem hic intelligimus, eſt jus in re aliena alteri conſtitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum ſit, aliquid aut pati in ſuo, aut in ſuo non facere cogitur. Dicimus, ſervitutem eſſe jus, habita ſcilicet relatione ad eum, cui conſtituta eſt: & video in omnibus ſuis ſpeciebus ita eam a noſtris definiri: in itinere, actu, via, aquæ ductu: *hoc tit. in pr. & l.* 1. *de ſerv. præd. ruſt.* in ſervitutibus prædiorum urbanorum; *§. ſeq. & l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* in uſufructu, *pr. tit. ſeq. & l.* 1. *de uſufr.* Per ſe autem ſervitus & reſpectu ejus, a quo debetur, non jus eſt, ſed juris privatio aut imminutio, *l.* 5. *§.* 1. *& belle* 9. *de op. nov. nunt.* Ajo, eſſe jus, quo dominus aliquid pati in ſuo, aut in ſuo non facere cogitur, ex natura omnium ſervitutum, *l. quotiens* 15. *§.* 1. *de ſerv.* Pati in ſuo, puta re ſua utentem fruentem, per fundum ſuum euntem agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes ſuas immittentem. Non facere, veluti altius non ædificare, in ſuo non ponere, quod luminibus ædium noſtrarum aut proſpectui officiat, &c. Plane enim ita ſervitus conſtitui non poteſt, ut quis aliquid cogatur facere in ſuo, puta viridaria aut arbores proſpectus noſtri cauſa tollere, aut in ſuo pingere, quo amœniorem nobis proſpectum præſtet, *d. l.* 15. *§.* 1. obligatio hæc erit, non ſervitus conſtituta: & ideo prædio alienato non ſequetur actio novum poſſeſſorem, ut ſit ubi ſervitus conſtituta eſt, *l. cum fundo* 36. *de ſerv. præd. ruſt. l. neque* 19. *quib. mod. uſ. am.* ſed in eum, qui id facere promiſit, hæredemque ejus actio in perſonam dabitur, *l. actionum.* 25. *de obl. & act.* in id ſcilicet, quod intereſt, ſi non fiat, quod promiſſum eſt: ut accidit in omni obligatione faciendi, *l.* 13. *in fin. de re jud. l. ſtipulationes* 72. *de verb. obl. §. ult. inf. eod.* Una ſervitus one-

oneris ferendi a natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus §. 1. *inf. hoc tit.* Quod adjeci de commodo, in finem ſervitutis reſpicit; neque enim ulla eſt ſervitus, quæ non commodi noſtri cauſa conſtituatur, aut certe alicujus amœnitatis, *d. l. 15. in pr. de ſerv. l. 3. de aq. cot. & æſt.* Non autem præciſe requiritur, ut præſens ſit utilitas, ſed ſufficit, natura tale jus eſſe, ut aliquando uſui eſſe poſſit: quomodo cum
2 D. Duareno accipienda *l. pen. de ſerv.* Porro ſpecies harum ſervitutum duæ ſunt: quædam enim ſunt rerum ſive prædiorum, quibus in uſu juris generis fere nomen ſimpliciter tribuitur; quædam perſonarum. Sic autem diſtinguuntur non a re, quæ ſervitutem debet, ſed ab ea re, cui debetur. Prædiorum igitur ſunt, quæ debentur prædiis; perſonarum, quæ perſonis. *l. 1. de ſerv. l. ſi mihi 20. §. ult. de ſerv. præd. ruſt. l. ſi quis 32. de uſufr.* De ſervitutibus prædiorum agitur *hoc tit.* de perſonalibus *tit. proximo & ſeq.* Servitus prædii eſt, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia ſint neceſſe eſt, quorum unius cauſa ſervitus conſtituatur, alteri imponatur: unum dominetur, alterum ſerviat. *l. 1. §. 1. com. præd. §. 3. infr. hoc tit.* Requirimus in his prædiis vicinitatem: neque in ruſticis tantum, quod D. Vultejus facit, & Joan. Superior. *ad l. 3. de ſerv.* verum etiam in urbanis. *l. 5. §. 1. de ſerv. præd. ruſt. l. ſi ædes 38. & l. ſeq. de ſerv. præd. urb.* Etenim viciſnitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, ſed ex commoditate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus non officiat, ſi non impediat liberum uſum ſervitutis. *l. 7. §. ult. l. ult. de ſerv. ruſt. præd. l. 7. §. 1. com. præd. l. 1. de ſerv. præd. urb. l. 4. §. ult. ſi ſerv. vind. l. ſervitutes 14. §. ult. de ſerv. l. ſi prius 17. §. 3. de aq. pluv. arc.* Duar. & ad *d. l. 14. §. ult.* Don. XI. *comm. 2.* Cæpoll. XVIII. *de ſerv. urb.*
3 *præd. n. 2.* Omnes vero ſervitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam cauſam habere debent, *l. foramen 28. de ſerv. præd. urb.* perpetuum illis eſt, quodcunque ex naturali cauſa oritur, & ſi non ſit aſſiduum: ut ecce, aqua pluvia ex naturali cauſa oritur, etſi non aſſidue pluit, *d. l. 28.* quod enim naturaliter ſit, perpetuum videtur, licet non fiat aſſidue, ut defectio lunæ. Ariſt. 1. *poſt* 8. Sed & quod ex facto noſtro oritur, perpetuum habetur, ſi ejus cauſſa prædium aut pars prædii parata eſt, ut fumi immiſſio, *l. 8. §. Ariſt. 5. ſi ſerv. vind.* Cauſam ſervitutis vocant id, cujus aut arcendi a noſtro: aut in noſtro habendi gratia ſervitus conſtituta eſt; verbi gratia, in ſtillicidio & aquæ ductu, cauſa, ob quam hæ ſervitutes comparatæ ſunt, eſt aqua: illic, ut ab ædibus noſtris avertatur; hic, ut aqua ducatur & in noſtro habeatur, *d. l. 28. l. 1. §. 4. de font.* Interpretes vulgo, dum diſtinguunt inter ſervitutes continuas & diſcontinuas, cauſam confun-
4 dunt cum poſſeſſione. Facile autem ex ſuperiore definitione colligere eſt, ſervitutem prædii non intelligi, quæ conſtituta eſt in prædio quidem alieno, ſed ei, qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum, *l. 5. §. 1. de ſerv. præd. ruſt. l. Mela 14. §. ult. de alim. leg.* aut etiam, ei, qui habet vicinum, ſi non ſit conſtituta illius prædii cauſa, & revera prædio utilis, *l. ſi ædes 38. de ſerv. præd. urb. l. 6. in pr. & §. 1. de ſerv. præd. ruſt.* eoque pertinet quod ſcribit Paul. *l. 8. de ſervit. ut pomum decerpere liceat, ut ſpatiari & cœnare in alieno poſſimus*, ſervitutem imponi non poſſe: nimirum quia hoc jus prædii noſtri cauſa non conſtituitur, nec prædii noſtri cauſam meliorem facit. Si quis igitur in ſuo tale quid faciendi jus alteri conceſſerit, id perſonarum ſervitutibus adſcribendum, inde quoque eſt, quod ſervitus prædii non intelligatur, ſi in conſtituendo perſona demonſtrata ſit, cui ſoli ea præſtetur, licet ad utilitatem quoque prædii conſtituta ſit, *l. 4. de ſerv. præd. ruſt.* Ita nonnunquam ex accidenti ſit ut natura ſervitutis alteretur, add. Coraſ. ad *d. l. 8.* Don. IX. *comm. 21.* Weſ. *parat. de ſerv. præd. ruſt. num.* 3. Porro autem ut prædia vel ruſtica ſunt, vel urbana, ita quoque & ſervitutes, quæ iis inhærent, vel ruſticæ ſunt vel urbanæ. Prædia ruſtica ſunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, *l. fundi 211. de verb. ſign.* non enim loco, ſed materia & genere diſtinguuntur, ut poſtea plenius intelligetur.

TEXTUS.

De ſervitutibus ruſticis.

Ruſticorum prædiorum jura ſunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter eſt jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus eſt jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: ſed qui actum habet, & iter habet, eoque uti poteſt etiam ſine jumento. Via eſt jus eundi & agendi & ambulandi, hominis: nam iter & actum via in ſe continet. Aquæductus eſt jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

Ambulandi) Ire eſt tranſire, ſive per alienum prædium in ſuum recta pergere ambulare, animi gratia ſpatiari in receſſibus, eamdemque viam ire & redire, quod tamen hic non ut jus aliquod principale conſideratur, ſed ut illius juris acceſſio, & ita non obſt. *l. 8. D. de ſerv.*

Non etiam jumentum) Jumento vehi poteſt, jumentum, *ἀχθοφόρον κτῆνος*, agere non poteſt.

Etiam ſine jumento). Ex tacita voluntate & ſententia conſtituentis, *arg. l. 21. de reg. jur.* ſecus, ſi contra expreſſe conveneris, *l. 4. §. 1. ſi ſerv. vind.*

Via in ſe continet) *οὐσιωδῶς*, ut totum partes, *arg. l. 13. §. 1. ff. de accept.* Itaque via per ſe intelligi non poteſt ſine jure eundi, &c. *l. 13. D. de ſervit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque recte comprehenſa eſt. De differentiis actus & viæ v. Cujac. XXII. *obſ.* 35. *l.* 8. *l.* 12. §. 1. de *S.P.R.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum qui iter habet, rheda vehi non poſſe, contra Cæpollam.*

2. An

2. *An ſpatiari voluptatis aut valetudinis cauſa, vel equum manu ducere, geſtandi gratia paratum.*
3. *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideo pro* jumentum *reponendum* armentum.
4. *In definitione actus male D.Hotomannum pro* vel vehiculum *reponere* non etiam vehiculum.
5. *An actui inſit & iter ſine jumento.*
6. *In definitione via nihil mutandum, & quid inter viam & actum interſit.*
7. *De aquaductu quadam obſervatu digna.*

SErvitutes ruſticorum prædiorum ſunt, quæ prædiis ruſticis inhærent. Sunt autem longe plures, quam hic enumerantur. D.Donellus 11.*comm.6.*doctrinæ cauſa ad tria genera eas revocat: nam, ut eleganter & erudite oſtendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad noſtrum perveniatur, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino ſumere liceat, quod ad uſum prædii noſtri aut pecorum, quæ prædii cauſa habentur, transferatur; aut ut prædium noſtrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas hic explicat Juſtinianus poſt Ulp.*l.1.de ſerv.præd.ruſt.* Secundi generis exempla ſunt in §.2.*inf.& d.l.1.§.1.eod.*tertii, *l.3.§.1. & 2.eod.* item exemplum, quod proponitur *l.is qui 29. eod.* ut aquam aperto ſulco educere in fundum vicini liceat. Singula fuſius explicat Don. *d.c.6.& 2.ſeqq.*

Iter eſt jus eundi, ambulandi) Jure eundi continetur & qui lectica aut ſella, item qui equo vehitur. *l.7.l.12. eod.* parum enim referre viſum eſt, ſuis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla *de*
1 *ſerv.ruſt.præd.c.1.n.4.& 5.* putat, eum, qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi poſſe, modo rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi poſſit: non enim par ratio eſt lecticæ, quæ a lecticariis geſtatur, & currus, quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere, non eſt ire, nec ejus, qui iter habet, ſed qui habet actum aut viam. Moribus noſtris tres diverſæ ſervitutes ſunt, *voetpadt, ripadt, dreef*, id eſt, actus.

Ambulandi) Ideſt, commeandi ultro citroque eundi ad fundum noſtrum & inde redeundi, quoties lubet.
2 An igitur & ſpatiandi voluptatis aut valetudinis cauſa? Ita quidem D.Cujac.XXII.*obſ.*35. Baro *hic.* Don. 11.*comm.6.* Atqui ut ſpatiari liceat in alieno animi cauſa, prædii ſervitus imponi non poteſt: hoc enim perſonæ voluptatem reſpicit, non utilitatem prædii, *l.8. de ſerv.* unde D.Hotomann. verbo ambulandi nihil aliud hic ſignificari exiſtimat, quam commeationem ob res prædio, iiſve, quibus illic morari neceſſe eſt, utiles aut neceſſarias. Puto tamen dici poſſe, ambulationem iſtam hic non conſiderari, ut jus aliquod principale & per ſe, ſed ut illius juris acceſſionem. Gloſſa verbum *ire* refert ad eum, qui vadit ſolus, *ambulare* ad eum, qui it cum ſocio: quod & Cæpolla facit *d.c.1.num.2.* & ſequitur Schneid. *hic n.11.* Sed ſi quod uni conceſſum eſt, ad plures porrigimus, gravior fiet ſervitus, qua ratione Gloſſam improbat Porcius hic: quanquam ſane is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non eſt, ſi comitatus alterius ſpectet ad utilitatem ſolius prædii, cui iter debetur, ut bene D.Buſius ad *l.1.de ſerv.præd.ruſt.* VINN. Eodem modo hic junguntur *ire ambulare*, quo alias *uti frui, do lego, nexus mancipium, ſarta tecta, ruta caſa, uſus auctoritas.* Non hæc ſynonima, ſed plerumque jungitur minori majus, uti exemplo *uſus fructus* præclare docuit V.C. Ger. Noodt.*de Uſufr. 1. 1.* *Ire* eſt porro & ulterius pergere, & fere ad negotia perſequenda, ambulare & animi, & nullius negotii cauſa ſpatiis factis in eadem veſtigia reflectere. Auſon. Popma *de differ. verb.lib.1.p.m.* 30. Senſus itaque eſt, non neceſſitate finiri ſervitutem itineris, ſed ſemper ire poſſe dominum prædii dominantis, ſive id negotii cauſſa faciat, ſive voluptatis. Solius tamen voluptatis cauſſa ſibi ſtipulari jus ambulandi, omnino repugnaret fini ſervitutum. *l.8.de ſerv.* HEIN.

Hominis) Atqui diximus, eum, qui iter habet, etiam jumento ire poſſe. Nimirum etiam in eo ſpectamus hominem, qui miniſterio jumenti in eundo utitur, ut cauſam principalem, non ipſum jumentum per ſe. Quod ſi quæras, cur hominis hic mentio fiat, cum iter prædii ſervitus ſit, non perſonæ; reſpondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ & ipſa cum aguntur, ire dicuntur: deinde non deſignari hic quamlibet perſonam, ſed qui prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæ ſervitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia perſonæ non competunt, ſed comparatione facta ad jura mere perſonalia, quia non alii competunt, quam qui prædium habet.

Non etiam jumentum agendi) Ita & Ulp. *l.1. hoc tit.* & Paul. *l.7.eod.* Hoc autem haud dubie accipiendum eſt de jumentis, quæ ſarcinas portantes aguntur aut ducuntur. Nam ſi quis pedes ire malens in itinere deſcendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat; aut cur per famulum non poſſit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conſcendat, & eques remeet? *arg. l.12. eod.*

Actus eſt jus agendi jumentum vel vehiculum) *d.l.1. eod.* Jumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum & reſponſum eſt, *l.ædiles 38.§.jumentorum 4.& 2.ſeqq.de ædil.edict.l.legatis 66.d.antepen. de legat. 3.l.boves 89.de verb.ſign.*Paul.III.*ſent.6.*Columella quoque boves a jumentis, equis, aſinis, mulis, paſſim ſegregat, ut *lib.1. c.6. lib.6. c.19.* An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sane vero. Diſerte enim a Modeſtino ſcriptum eſt, actum eſſe, *ubi armenta trajicere liceat, l.12. de ſerv. præd. ruſt.* Armentorum autem appellatione vel maxime boves continentur, *d.l.boves 89.de verb. ſign.l.ſervis legatis 81.§.armento 3.de leg.3.* Nec tamen ideo neceſſe eſt, ut cum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum*, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ἐν πλάτει jumenti vox hic accipi poteſt; ut & boves complectatur, cum & Iſidorus boves inter jumenta referat, *lib.11. c.1.* & ipſe Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur: ſic enim ſcribit *lib.VI.c.3.* *Jumenta nomen a re traxerunt, quod noſtrum laborem vel onera ſubvectando vel arando juvarent.* Jumentum igitur ἀχθοφόρον κτῆνος, ἢ ὑποζύγιον. Quid ſi dicamus, exempli duntaxat cauſa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum,

rum, & reliquorum minorum pecorum, quibus proprie gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *d. l.* 81. §. *armento*. 4. *de legat.* 3. *d. l.* 38. §. 4. *de æd. edict. l.* 1. §. *ult. de rei vind.*

Vel vehiculum) Hic iterum Hotomannus contendit legendum eſſe, *non etiam vehiculum*. Sed profecto nimis confidenter: non enim hoc tantum loco, verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, a veteribus traditum eſt, *d. l.* 1. *l.* 7. *l.* 12. *eod. l.* 11. *quemad. ſerv. am.* idemque manifeſte colligitur ex *l.* 13. §. 1. *de accept.* Nam ſi non actus, ſed viæ proprium eſſet vehiculum agere, non debuit Jureconſultus liberare eum, qui viam promiſit, ſi ſtipulator viæ iter & actum tantum accepto tulerit. At quo argumento convellere conatur, quod tam conſtanter traditur? Nimirum quia alioqui nulla futura ſit inter actum & viam differentia. Sed hoc falſum eſſe oſtendemus in explicatione definitionis viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod ſcribit Pompon. *l.* 13. *de ſerv.* ſi via conceſſa ſit tam anguſti loci demonſtratione facta, ut jumentum duntaxat ea duci poſſit, non etiam vehiculum, actum magis, quam viam acquiſitum videri. Non enim, ut via ſemper & natura ſua utrumque jus continet, & jumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus, ſed aliquando illud duntaxat, non hoc, puta ſi vel expreſſe convenerit, ut actus eſſet ſine jure agendi vehiculum, vel tacite idem actum eſt, ut in ſpecie *d. l.* 13. *de ſerv.* Atque hoc ſatis oſtendunt verba ipſa hujus definitionis, quibus actui non utrumque conjunctim, ſed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plene actum vertunt ἁμαξικὴν ὁδὸν. Vinn. Rem expediviſſe videtur Illuſtris Corn. van Bynkershoek *Obſ.* iv. 7. ubi docet, intelligi vehiculum quod agi ſolet, vel propelli, vel manu trahi, id eſt, currum truſatilem. Quod & ſpatium quatuor pedum poſtulat, quibus circumſcriptum fuiſſe actum docet Varro *de L. L.* iv. 4. Hein.

Uti poteſt etiam ſine jumento) Traditur hoc idem & in *d. l.* 1. *eod. l.* 2. *quemad. ſerv. am.* & veriſſimum eſſe docet *l. qui uſumfructum.* 58. *de verborum oblig.* Ubi Julianus refert, eum, qui actum ſtipulatus poſtea iter ſtipulatur, poſteriore ſtipulatione nihil agere, ſicuti qui decem, deinde quinque ſtipulatur. Quod & apud Ulpian. relatum eſt *l.* 9. §. *ult. de novat.* falſo, ſi actus tacite non contineret etiam jus eundi ſine jumento ſi-
5 ve iter ſeparatum. Neque tamen hoc ita accipimus, quaſi iter ſeparatum ſit de eſſentia ipſius actus, ſine eo actus conſiſtere aut conſtitui non poſſit: ſed hoc dicimus, actu conſtituto regulariter & ex tacita voluntate & ſententia conſtituentis, etiam iter ſine jumento conceſſum intelligi, *arg. l. non debet.* 21. *l. in eo.* 110. *de reg. jur. c. cui licet. eod. in* 6. Atque ideo jus agendi duntaxat non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Adhæc ſi actus eſſentialiter etiam iter contineret, quo utimur ſine jumento, nullius momenti eſſet conventio, ut actus ſit ſine itinere, contra *l.* 4. §. 1. *ſi ſerv. vind.* Non obſtat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter fruſtra adimi, *l. de adim. leg.* nam ratio ſubjecta non obſcure arguit, loqui Juriſconſultum de itinere, quo neceſſario utimur in ipſo actu, cum jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter fruſtra adimi, quia nunquam actus ſine itinere eſſe poteſt. Sed nec id iter videri poterit ea ademptione detractum, quod ſine jumento eſt, quia per ſe non eſt legatum: atque ita actus potius in natura ſua, & qualis regulariter eſt, relictus. Plane ſi teſtator nominatim hoc iter ademerit, hoc eſt, expreſſe vetuerit ire ſine jumento, nullus dubito, quin utilis ſit ademptio, *arg. d. l.* 4. §. 1. *ſi ſerv. vind.* Et eſt in propoſito eadem fere ratio itineris & actus, quæ uſus & uſusfructus, nam etſi fructui uſus ineſt, & ideo legato uſufructu, uſus ademptio nulla: *l.* 14. §. 1. *de uſ. & hab.* nihil tamen vetat uſum a fructu expreſſe ſeparari, *l.* 5. §. 1. *uſufr. quem. cav.* Hinc jam liquet, quid de judicio & auſu Ant. Fabri ſentiendum, qui *l.* 1. *conj. c. ultim.* verba hæc, *eoque uti poteſt etiam ſine jumento*, tot locis expreſſa, damnare non veretur, ut emblema imperiti interpretis, conſul. Don. xi. *comm.* 6. Duar. 1. *diſp.* 31. Bachov. *hic & in* Treutl. *vol.* 1. *diſput.* 17. *theſ.* 4.

Via eſt jus eundi, agendi, ambulandi) Via, ut mox ſubjicitur, iter & actum in ſe continet, hoc eſt, ex itinere & actu eſſentialiter via conſtituitur, *arg. l.* 13. §. 1. *de accept. l.* 9. *ſi ſerv. vind.* ac proinde quicquid eſt in definitionibus itineris & actus, id una definitione viæ debuit comprehendi; quod & carioſe ab Ulp. *l.* 1. *de ſerv. præd. ruſt.* & Juſtinian. hic obſervatum eſt. Mirorque adeo viros doctiſſimos, Connan. iv. *com.* 11. 6
& Don. xi. *comm.* 6. pro verbo *eundi* reponentes *vehundi*, motos tantum vocis definitæ etymologia, quam Varro iv. *de ling.* a *vehendo* deducit, & analogia præcedentium definitionum: nam ſic bis idem diceretur, cum verbum agendi etiam vectionem contineat; *l.* 4. §. 1. *de ſerv.* Quid igitur amplius eſt in via, quam in actu? Primum hoc, quod via etiam iter in ſe κατωδῶς contineat, ita ut ſine jure eundi per ſe via intelligi aut conſtitui non poſſit: in quo ſpecifice differt ab actu, qui poteſt eſſe ſine itinere ſeparato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam eſſe poteſt ſine jure ducendi vehiculum, actus poteſt, *l.* 13. *de ſerv.* Item quod qui viam habet, vel iter & actum, ſeparatim, vel utrumque ſimul, iter & actum; vel uno verbo viam, vindicare poteſt: qui vero actum habet, non poteſt neque iter ſeparatim, neque iter & actum conjunctim, ſed ſolummodo actum vindicare, Cujac. xxii. *obſ.* 35. *fac. l.* 11. §. 6. *de exc. rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentiæ, ſed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam haſtam ferre, modo ne fructus lædat, poteſt; quod ei, qui actum habet, non licere plerique exiſtimaverunt, *l.* 7. *de ſerv. præd. ruſt.* & poteſt etiam ſine his via conſtitui. Illud omnino ex accidenti eſt, quod actus & via aliquando differant latitudine, vid. *l.* 8. *l.* 13. §. 2. *eod.* add. D. Buſ. *ad l.* 1. *eod.* Tulden. *comm. hic* 11. Vinn. Nihil verius, quam in definitione viæ pro *eundi* legendum eſſe *vehundi*, Alias nullum eſſet inter viam & actum diſcrimen. Vide ſis Viri Summi Cornel. a Bynkersh. *Obſ.* iv. 7. Hein.

Aqua ductus eſt jus aqua ducendæ per fundum alienum) *d. l.* 1. *eod.* Id fieri ſolet vel canalibus ſive tubis, aut ducto rivo per longitudinem depreſſo; quo aqua decurrat, *l.* 1. §. 2. *de riv.* Ducitur autem aqua aut 7
publica, aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet, niſi Imperator aut Senatus

tus verent, aut aqua ſit in uſu publico, puta ſi flumen ſit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat *l. 2. de flum. l. 10. §. ult. de aq. pluv. arc.* aut ſi periculum ſit, ne exareſcat quamvis navigabile non ſit; *d. l. 1. § non autem. 12. de flum.* Sed neque ex caſtello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco, qui aquam publicam ſuſcipit, ducere fas eſt ſine permiſſu Principis, *l. 1. §. permittitur 41. & 2. ſeqq. de aq. cottid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, ſive fontis ſive fluminis, ſive putealem, non tantum eorum, quorum in loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos ejus aquæ uſus pertinet, voluntas exquirenda eſt, id eſt, eorum, quibus ſervitus aquæ debetur: quippe cum hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, *l. 8. de aq. pluv. arc.* junct. *l. ult. C. de auct. præſt.* Illud hic generaliter tenendum, neminem poſſe, aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in ſuum ducere, cui non ſit hæc ſervitus conſtituta a domino illius fundi: *l. quemadmodum. 29. §. 1. ad leg. Aquil. l. 2. C. de ſerv.* neminem quoque poſſe ex ſuo aquæductu alteri commodare, niſi id nominatim convenerit. *l. ex meo. 24. l. cum eſſent. 33. §. 1. de ſerv. præd. ruſt.* Item jus hoc ad certum uſum prædii concedi oportere: nam ſi conceſſum ſit ita, ut aqua quocunque duci poſſit, non fundi, ſed perſonæ jus erit. *l. pen. eod. l. 1. §. præterea. 12. de aqu. cott.* Denique concedi poſſe ductum aquæ non tantum præſentis & fluentis, ſed etiam quærendæ & nondum inventæ, *l. Labeo. 10. eod. hoc tit. l. ult. ſi ſerv. vind.* add. Weſ. *par. hoc tit. n. 2.* Pet. Greg. IV. *ſyntag.* 15. Tulden. *comm. ſup. de rer. div. c. 11.* fuſe Cæpoll. *de ſerv. ruſt. c. 4.* Chriſtin. *vol. v. deciſ.* 83.

T E X T U S.

De ſervitutibus urbanis.

1. *Prædiorum urbanorum ſervitutes ſunt hæ, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſunt. Item urbanorum prædiorum ſervitutes ſunt hæ, ut vicinus onera vicini ſuſtineat: ut in pariete ejus liceat vicino tignum immittere: ut ſtillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes ſuas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat.*

N O T Æ.

1. *Item urbanorum*) Ex Cajo *l. 3. P. V.* ubi & aliæ, add. *l. 1. l. 3. 4. 15. 16. eod.*

Onera vicini) Veluti ſi columna ædium tuarum onus ædium mearum ferat: & hic tu, cujus ædes ſerviunt, columnam reficere debes, *l. 33. d. t. l. 6. §. 2. ſi ſerv. vind.* qua parte ſervitus hæc ſpuria, *l. 15. §. 1. de ſerv.*

Vel non recipiat) Aut meo jure ſtillicidium non recipio, aut jure ſervitutis: meo jure ſi non lege civitatis cuique permiſſum obverſa in alienum ſtillicidia habere: jure ſervitutis, ſi jure publico cuique permiſſum ſtillicidia ſua in alienum avertere. Ita melius, quam Cujac. & Pac. Quid differant ſtillicidium & flumen, diſce ex *l. 20. §. 5. & ſeqq. de ſerv. urb.* Varr. *lib. IV. de lingua cap.* 5.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Verum non eſſe, quod quidam tradunt, ſola ædificia habitandi cauſa parata urbanorum prædiorum numero cenſeri.*
2. *Prædia, eorumque jura, ſi non ſimpliciter, ſed cum effectu juris conſiderentur, nunquam loco diſtingui; ſed genere, uſu, fine.*
3. *Quid interſit inter ſervitutem tigni immittendi & oneris ferendi? item inter jus projiciendi & protegendi.*
4. *Quid ſit ſtillicidium, quid flumen.*
5. *De ſervitutibus ſtillicidiorum & fluminum, tum avertendorum, tum non avertendorum.*
6. *An jus altius tollendi ſit aliquando ſervitus per ſe.*
7. *Confutatur late ſententia Bachovii, contendentis, jus altius tollendi & non tollendi eſſe unam eandemque ſervitutem.*
8. *Plus eſſe in ſervitute ne luminibus officiatur, quam vel in altius non tollendi, vel luminum.*
9. *Cujacii & Duareni opinio de ſervitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de ſervitutum prædialium ſpecie altera, prædiorum ſcilicet urbanorum: & ait Imp. eas eſſe, quæ ædificiis inhærent, atque inde ſic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſunt: quod & alibi ſæpe traditum, *l. 1. com. præd. l. urbana familia. 166. l. urbana prædia. 198. de verb. ſign.* Nimirum, ut ſuperius obiter monuimus, diſtinctio hæc prædiorum non a loco ſumitur, ſed a materia vel genere prædii, *dd. ll.* Sunt 1
qui a fine ſumptam putant, & ea ſola ædificia prædiorum urbanorum numero eſſe, quæ parata ſunt habitandi cauſa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos & cuſtodiendos, magis eſſe ut prædia ruſtica cenſeantur, Cæpoll. *de ſerv. urb. cap. 11. n. 2.* Mynſ. Weſ. Vult. *hic.* Bronch. 1. *aſſ.* 95. Sed hoc recte, meo judicio, quod ad propoſitam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim, alterum ex dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui forte ad grana a paleis repurganda flatu venti opus ſit, ut fieri poteſt, *l. ult. §. 1. C. de ſerv.* ceſſiſſet ſervitutem altius non tollendi, aut jus alteri conſtituiſſe tigni immittendi in parietem horrei ſui. Hæ ſervitutes utique, urbanæ dicendæ ſunt, non ruſticæ. Quid enim intereſt, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur? In conſtituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem ſpecie ſervitus nunc urbana, nunc ruſtica dicatur. Non eſt contrarium, quod ſcribit Neratius *l. 2. de ſerv. præd. ruſt.* ruſtici prædii ſervitutem eſſe, *licere altius tollere & officere prætorio vicini*. Nam prætorium ſignificat id ædificium, in quo dominus, ſi

quando

quando ruri eſt, habitat, ſeparatum ab habitatione villici, ut conſtat ex Columella *de re ruſt. lib.*1 *cap.* 6. & Palladio *lib.* 1 *cap.*8. At tale prædium omnes urbanum eſſe fatentur. Atque ut demus, appellatione prætorii, non tantum villam urbanam, ſed aliquando etiam ruſticam & fructuariam quoque ſignificari, ut putat D. Gœd. eo quod Ulp. *d.l.*198. *de verb. ſign.* diſtinctionis cauſa, cum prætoria urbanis prædiis adnumeret, videtur addidiſſe, *voluptati tantum deſervientia*? tamen nemo tam ineptus eſt, ut putet, Neratium *d.l.*2. *de ſerv. præd. ruſt.* prætorii appellatione intellexiſſe villam fructuariam aut horreum, quod utique non eſt ſubjectum ſervituti protegendi, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius ſervitutem prætorio impoſitam ruſticam appellat? nimirum quia ille arbitrio ſuo loquitur, non conſiderato
2 juris effectu. Hoc ut perfectius intelligatur, ſciendum: prædia eorumque jura dupliciter conſiderari poſſe; vel ſimpliciter, qua conſideratione nihil prohibet ea loco diſtinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua conſideratione loco nunquam diſtinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis a colono in prædium ruſticum *l.*4. *l.*7. §.1. *in quib. ca. pign. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, ſtabula, quæ non ſunt in continentibus ædificiis, vel ipſo Neratio teſte, *d.l.*4. §.1. aliaque meritoria in villis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac cauſa prædia ruſtica habentur, *arg. d.l.* 198. *de verb. ſign.* Item cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ ſi ruſtica ſint, aut ſuburbana, oratione Severi ſine decreto prohibentur alienari, *l.*1. *de reb. eor. qui ſub tut.* (quod conſtitutione Conſtantini ad urbana quoque prædia poſtea extenſum eſt, *l.*22. *C. de adm. tut.*) prædia a fine & uſu diſtinguimus, & ruſtica quoque intelligimus, hortos olitorios & vinearios, qui in urbe ſunt, & villas fundi cauſa & propter opus ruſticum ædificatas: reliqua ædificia, ſtabula, meritoria, etſi ruri ſunt, pro urbanis habentur; ut & horti ædificiorum, unde nihil aut parum reditus: & multo magis area, *d. l.* 198. *de verb. ſign.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus eſt, Cujac. VII. *obſ.*24. Simili modo de ſervitutibus, cum ſimpliciter quæritur, quorum prædiorum ſint, loco itidem ut prædia diſtingui poſſunt: at cum quæritur de vi & effectu juris in iis conſtituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *l.*1. *l.*6. *de ſerv. præd. urb. l.*6. *l.*7. §.1. *comm. præd. l.*11. §. *ult. & l. ſeq. de pign. l.* 5. §. *& belle* 9. *l.* 14 *de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur; ſed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris, ruſticæ dicuntur. Et quia hac conſideratione neque ulla ædificia poſſunt eſſe ſubjectum ſervitutum ruſticarum, nec loca ædificiis vacua ſubjectum urbanarum, hinc factum eſt, ut in propoſito ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis ſunt, ſive ad uſum urbanum, puta ad habitandum, ad viatores recipiendos aliumve quæſtum faciendum comparata ſint, ſive ad uſum ruſticum, ad fruges condendas & cuſtodiendas, ad ſtabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia ruſtica, diſtinctione ſubjecti ad naturam ſervitutum accommodata. Hæc, neſcio an quiſquam tam diſtincte & lucide. VINN. Ita facile intelligitur, quod ſcribit Paullus *l.*3. *ff. de ſerv. Servitutes prædiorum alia in ſolo, alia in ſuperficie conſiſtunt.* In fundo ſervitutes prædiorum ruſticorum *l.*13. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* In ſuperficie ſervitutes prædiorum urbanorum. *l.* 20. *ff. de ſerv. præd. urb.* Nulla enim ſervitus prædii ruſtici utilitatem præſtat ædificio, ſed fundo: nulla urbana fundo, ſed ſoli ædificio. Interim & ædificia quædam ruſtica dici poſſe, ſi ſoli uſui œconomico deſtinata ſunt, certum, puto, eſt ex *l.*198. *ff. de V.S* & locis Columellæ & Palladii, ab ipſo auctore allegatis. HEIN.

Prædiorum urbanorum ſervitutes ſunt hæ) Et longe etiam plures; ſed harum commemoratio ſufficit ad declarandum id, quod dixerat, prædiorum urbanorum ſervitutes eſſe, quæ ædificiis inhærent. Donellus XI. *comm.*4. etiam quæ hujus ſunt generis, in tres claſſes partitus eſt, ex triplici earum fine; quædam enim comparatæ ſunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorem commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne proſpectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujuſmodi ſunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & ſtillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito ſaltem hoc indicaſſe.

3 *Ut vicinus onera vicini ſuſtineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere*) Proponuntur hæ ſervitutes, ut ſpecies diverſæ: & ſane differunt gradu. In imponenda ſervitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex noſtro pariete liceat tignum, ξυλον η δοκον, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requieſcat, & vicini paries ſuſtineat onus immiſſi, nihil amplius. *l. malum* 242. §.1. *de verb. ſign.* In ſervitute autem oneris ferendi hoc amplius eſt, quod vicinus columnam, aut parietem, qui oneri ferendo eſt, reficere tenetur, & idoneum oneri ſuſtinendo præſtare, *l. eum* 33. *de ſerv. præd. urb.* qua parte ſervitus hæc degenerat & ſpuria eſſe agnoſcitur: quippe cum contra naturam ſervitutum hoc ſit, ut quis cogatur aliquid facere in ſuo *l.*15. §.1. *de ſervit.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non poſſe ita ſervitutem imponi, ut quis & onus ferret, & parietem reficeret. Sed obtinuit Servii ſententia, contendentis, poſſe, *l.*6. §.2. *ſi ſerv. vind.* id quod in ſpecie propoſita viſum eſt, per conſequentiam recipiendum eſſe ejus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus ſit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere: quæ ſervitus vix conſiſtere poteſt, niſi paries reficiatur & idoneus habeatur oneri ferendo. VINN. Ita fere omnes hanc ſervitutem vocant *ſpuriam, anomalam, irregularem*: neſcio an ſatis bene. Non videtur veteribus dubium fuiſſe, dominum prædii dominantis ordinarie debere parietem reficere: ſed de eo diſputarunt, an ejuſmodi pactum iniri poſſet, & dominus prædii ſervientis reficeret? Negabat Aquilius Gallus, quia eſſet contra naturam ſervitutis: ſed adfirmabat Servius, cujus ſententia prævaluit, ita explicata a Labeone, ut quia non homo, ſed res ſerviat, liceret domino parietem derelinquere. *l.*6. §.2. *ff. ſi ſerv. vindic.* Servii itaque ſen-

tentia non in univerſum ſtatuit, parietem reficiendum eſſe a domino: ſed tunc reficiendum eſſe, ſi hujuſmodi pactum interceſſerit; quale eſt illud: paries oneri ferendo, uti nunc eſt, ita ſit *l.* 33. *ff. de ſerv. urb. præd.* Hein. Hujus ejuſdem generis eſt jus projiciendi, *l.* 1. & *l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* videlicet ut liceat ex noſtro tignum projicere in aream alienam, hoc eſt, ita provehere ſupra ſolum vicini, ut nuſquam requieſcat, præterquam in pariete noſtro; ſive id fiat ædificii ſupra id projectum ponendi cauſa, ſive tegendi parietis, ut plurimum autem aliquid ſubſtruendi cauſa, puta mœniani aut ſuggrundæ, *d.l.malum* 242. §. 1. *de verb.ſign.* nam quod tegendi parietis cauſa ad umbram faciendam emittitur aut arcendos imbres a pariete, protectum in ſpecie appellatur, *d. l.* 1. & 2. *hoc tit.* ita protectum a ſuggrunda diſtinguitur in edicto *de his qui dej. vel effud. l.* 5. §. *prætor ait* 6. Craſſus error eſt eorum, qui ſervitutem projiciendi interpretantur jus abjiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quiſquilias, Cæpoll. *c.* 32. *de ſerv. urb.* nulla enim talis ſervitus conſtitui poteſt, quæ quidem prædii ſit, *l.foramen* 28. *hoc tit.* Atque hunc errorem quoque notat Coraſ. III. *miſc. ult. num.* 8. & 9. Ceterum alium ille enarrat *n. ult.* ubi ne ſubordinatam quidem differentiam inter projectum & protectum agnoſcit.

Ut ſtillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat) Hæ eædem ſervitutes ſunt, quæ dicuntur ſtillicidiorum & fluminum, *l.* 1. *de ſerv. præd. urb.* Inter
4 ſtillicidium & flumen hoc intereſt, quod ſtillicidium eſt, cum aqua pluvia ex tecto ſtillatim & guttatim cadit, *Drop*: flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur, *Waterloop*. Varro IV. *de ling. cap.* 5. Paul. *l.ſervitutes* 20. §. 3. & *ſeqq. de ſerv. præd. urb.* Itaque ſtillicidii recipiendi ſervitus dicitur, qua vicinus fere cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in ſuas ædes caſitet: fluminis vero, qua pati cogitur, ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in ſuas ædes cum impetu feratur: unde hæc, quam illa, gravior; & proinde Paul. *d.l.ſervitutes* 20. §. *ſtillicidium* 5. ait, *ſtillicidium inferius demitti non poſſe, ne gravior fiat ſervitus, & pro ſtillicidio flumen: altius tolli poſſe; quia levior eo modo fiat: cum, quod ex alto, lenius cadat, & interdum diripiente vento direptum non perveniat ad locum ſervientem.*
5 Duplex autem eſt ſtillicidii aut fluminis ſervitus ut oſtendit *hic locus*, & *l.* 2. *eod.* una avertendi, altera non avertendi ſtillicidii aut fluminis: quarum illa comparata eſt ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi ſtillicidii eſt jus ſtillicidia noſtra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus ſtillicidium noſtrum recipere cogatur in ædes ſuas, vel in aream aut in cloacam, *d. l.* 2. & *hoc text.* Stillicidia non avertendi jus eſt, quo vicinus ſtillicidium ædium ſuarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur, aut non tenetur vicinus ſtillicidium vicini in ſuum recipere. Sane quidem jure communi nemo cogitur ſtillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei noſtræ vicinum prohibere ne ſtillicidia ſua in noſtrum immittat. Ceterum ſicubi conſtitutio ædificiorum talis eſt, ut lege aut conſuetudine civitatis unicuique permiſſum ſit ſtillicidia ſua obverſa habere in alienum, vicinique jure publico ea recipere cogantur; hic, ſi velimus nobis jus eſſe prohibendi vicinum ſtillicidia ſua in noſtrum avertere, neceſſe eſt, ut id jus vicinus nobis conſtituat, ſuæque rei hanc ſervitutem imponat: quod quamobrem & quam recte dicatur, mox certius intelligetur, cum de ſervitutibus altius tollendi & non tollendi diſputabimus. Similiter ſervitus fluminis avertendi eſt jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi, ſervitus, qua vicinus flumen, quod alioqui lege vel conſuetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita recte Don. XI. c. 5. Bocer. & Tuning. *hic.* Aliis vero ſervitus ſtillicidii aut fluminis non avertendi eſt, qua vicinus avertere cogitur ſtillicidium aut flumen ædium ſuarum in aream vicini, ut aqua in ciſternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua conſtituta agi poſſit cum domino ædium ſervientium, jus ei non eſſe ſtillicidia avertere, atque ut tegulas, canaleſque aut tubulos, per quos aqua labitur, ſuis expenſis reficiat. Cæpoll. *cap.* 28. & *ſeq. de ſerv. urb.* Pet. Greg. IV. *ſyntagm.* 9. *n.* 7. Sed hoc minus placet: quia non pro commodo, ſed pro onere paſſim habetur, ſtillicidium aut flumen alienum recipere: & præter naturam ſervitutum eſt, ut quis aliquid facere cogatur in ſuo.

Et ne altius quis tollat ædes ſuas) Hæc ſervitus ob eum maxime finem conſtituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in ſuo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat, *l.* 8. §. *Ariſto* 5. *ſi ſerv. vind.* eique conſequens ſit poſſe unumquemque in area ſua ædificare in infinitum, ædeſve antea poſitas altius tollere, etiamſi vicino incommodet, lumina ejus obſcurando, quod & traditum eſt *l.* 9. *l.* 14. *l.cujus* 24. *de ſerv. præd. urb. l.* 8. *C. de ſerv.* hoc incommodum non aliter vitari poteſt, quam ſi a vicino impetremus, ut hanc ſuis ædibus ſervitutem imponat, ne altius tollantur: quia impoſita ſi nihilominus altius ædificet, jam recte cum eo agam, jus ei non eſſe ædes ſuas altius tollere; quæ intentio eſt actionis confeſſoriæ, qua ſervitus hæc, quæ dicitur altius non tollendi, vindicatur, licet verborum figura videatur negatoria, *l.* 4. §. *ult. ſi ſerv. vind.* Crebra eſt hujus ſervitutis mentio, ut in *l.* 2. *l.* 12. *de ſerv. præd. urb. d. l.* 4. §. *ult. l.* 7. §. 1. *com. præd.* Hic autem magna oritur difficultas. Nam ſi cuivis liceat ædes ſuas extollere, idque 6
naturaliter & jure libertatis rei ſuæ, ut nulla in eam rem opus ſit conſtitutione ſervitutis, qui fit, quod inter ſervitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe ſunt libertas & ſervitus. Et, ſi, non licere altius tollere, ſervitutis eſt, licere altius tollere, libertatis erit. Et tamen negari non poteſt, quin veteres non minus jus altius tollendi, quam non tollendi inter ſervitutes retulerint. Factum id compluribus locis, a Paulo *l.* 1. *de ſerv. præd urb. l.* 7. §. 1. *comm. præd.* a Cajo *l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* Neratio *l.* 2. *de ſerv. præd. ruſt.* Juſtiniano §. 2. *inſ. de act.* Tota vero difficultas in eo eſt, ut exempla proferantur, quibus oſtendatur, jus altius tollendi quandoque inter ſervitutes recte numerari. Ea enim huic rei demonſtrandæ minime idonea ſunt, quæ offeruntur a Gloſſa, Bart. & DD. in *l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* quæ ipſis prima eſt: nec item quæ a Gloſſ. Dyn. Jaſ. & aliis

aliis ad §.2.*inf.de act.* ut videre eſt in noſtra illius loci interpretatione. Neque verum eſſe puto, quod Cujac. Weſ.in *d.*§.2. & Vult.1.*diſc.*5. contendunt, jure ſervitutis conſtitutæ ædes altius tolli, cum antea conceſſo aut longa quaſi poſſeſſione quæſito contra vicinum jure alius non tollendi, rurſus ei altius tollendi poteſtas conceditur. Hoc enim caſu perinde res in priſtinam libertatem redit, ac ſi pacto ſervitus remiſſa eſſet, ut eodem loco abunde oſtendimus. Primus veterum Interpp. Joan. Faber in *d.*§.2. rem vidit & digito monſtravit, præeunte tamen Gloſſa in *l.qui luminibus* 11.*de ſerv. urb.præd.* ut obſervavit Cæpolla & explicuit *c.*26.*n.*2.*de ſerv.urb.* ſed ille longius excurrit, & multa aliena miſcet: Rectius & apertius recentiores, Zaſ. Baro, Mynſ. Donel. Fabri veſtigiis inſiſtentes, ſic rem proponunt & declarant. Si de poteſtate ædificandi in ſuo nihil jure publico cautum ſit, jus ædificandi ajunt eſſe jus libertatis noſtræ & licere cuivis civi, ſuo & publico jure quam altiſſime ædes ſuas tollere, etiamſi obſcuret vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præſcripta eſt, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus edificandi hactenus quidem adhuc liberum eſſe & juris publici, ut ſi intra definitum altitudinis modum conſiſtatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d.l.qui luminibus* 11. Ceterum ſi ſupra eam altitudinem ædes extollere, v.c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat, a vicino impetrandum eſſe *l.pen.* §.1. *C. de ædif. priv.* eoque conceſſo, jus altius tollendi vicino ſervitutem eſſe, utpote qui jam incipiat pati in ſuo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, ſed impoſititium & conſtitutum a vicino, quod vindicetur hac formula confeſſoria, *Ajo, mihi jus eſſe ædes meas altius tollendi invito te*. *d.*§.2.*inf. de act.* ubi plenius hoc expoſui, atque ex Tacito aliiſque auctoribus, & textibus juris noſtri demonſtravi, etiam in ipſis urbibus, in quibus ſedes imperii fuit, Romæ ſcilicet & Conſtantinopoli, jam olim certum fuiſſe ædificiorum altitudini præſcriptum modum, ut mirum non ſit, Jureconſultos, ad ſtatum illum reſpicientes jus altius tollendi inter ſpecies ſervitutum numerare. Adde, quod certo ſtatu ædificiorum conſtituto hæc ſervitus etiam quæri poteſt præſcriptione, ſi videlicet quis contra veterum formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi nec clam, precario poſſederit, *l.*1.*C. de ſerv.* Poterat hic conſiſti, niſi nobis negotium faceſſeret Bachovius, qui in *not. ad* Treutl. *vol.*1. *diſput.* 17. *theſ.* 2. *& in comm. ad hunc* §.1. & §.2. *inf. de act.* hanc etiam Neotericorum ſententiam penitus explodit, contendens, jus altius tollendi & altius non tollendi non duas, ſed unam eandemque ſervitutem eſſe, quæ aut diverſa conſideratione diverſis nominibus appelletur, atque ex parte ſervitutum ſibi aſſerentis dicatur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi; aut potius jus altius tollendi improprie ſervitutum numero adſcribi, atque ita appellari tantum reſpectu vicini, qui me altius ædificante ipſe contra ædificare & luminibus meis officere, jure conſtituta ſervitute, non poteſt. In ſumma, jus altius tollendi ex catalogo ſervitutum expungendum eſſe, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium ſigni-
7 ficari, videlicet altius non tollendi. Satis hercule confidenter: videamus, quam vere, Cajus *l.*2. *de ſerv. præd. urb.* ex profeſſo ſpecies urbanarum ſervitutum enumerans ſic orditur: *Jura prædiorum urbanorum ſunt altius tollendi, & officiendi luminibus vicini:* deinde ſubjungit, *aut non extollendi*. Hic ſi Bachovio credimus, Jureconſultus non duo inter ſe diſtincta jura ſignificat, ſed unum duntaxat, altius non extollendi, quod ſolum ſit ſervitus. Pauli *l.*7.§.1.*com.præd.* hæc verba ſunt; *Servitus alienis ædibus imponi poteſt, ut altius tollere vel non tollere liceat.* Hoc Bachovius ſic accipit, quaſi alterum tantum Paulus expreſſiſſet, ut ne liceat altius tollere. Sed profecto ſi hoc Bachovio concedimus, ſummæ inſcitiæ inſimulamus Jureconſultos, qui ex uno jure duo faciunt, atque inter ſe ut ſervitutes diverſæ ſpeciei, tam aperte opponunt. Itaque ut evidentius demonſtremus errores Bachovii, putat ille, jus altius tollendi per ſe ſervitutem nunquam eſſe, ſed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum, cujus ædibus impoſita ſit ſervitus altius non tollendi; propterea quod hac ſervitute mihi conſtituta jus altius tollendi, quod per ſe quidem ſemper ſit libertatis, ſed inutile mihi alias reddi vicino contra ædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu conſequor. Hoc vero falſum eſſe oſtendunt, quotquot ſunt loci, in quibus jus altius tollendi inter ſervitutes numeratur; ut in *l.* 2.*de ſerv.præd. ruſt. d. l.* 2. *de ſerv.præd.urb.d.l.*7.§.1.*comm.præd.*§.2.*inf.de act.l.*1.*C. de ſerv. & aqua*. Quibus omnibus locis palam eſt, jus altius tollendi non ea ratione ſervitutem dici, aut ex eo æſtimari, quod alter facere non poteſt in ſuo, ſed ex eo ſimpliciter, quod alterum facientem jure impoſititio pati cogitur. Hoc enim ipſum, licere altius tollere & officere luminibus vicini, jus prædii & ſervitus appellatur: jus reſpectu ejus, cui id facere licet, ſervitus reſpectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proinde ſi cui hujus juris controverſia fiat, licebit ei hoc vindicare hac formula: *Ajo mihi licere ædes meas altius tollere.* Quæ & vi & verbis confeſſoria eſt, *d.*§.2. *inf. de act.* idque evidentiſſime confirmatur *d.l.*1. *C. de ſervit.* quo loco cum quæſitum eſſet, an in eum, qui contra veterum formam ædificaſſet, ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non eſſe adverſario ædes ita ſublatas habere, reſpondet Imp. competere: ſed addit hanc exceptionem, *niſi quis longo tempore ita ædificatum habuerit.* Quippe longi temporis conſuetudinem vicem obtinere ſervitutis. Quod ſi igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præſcriptione quæſitum ſervitus eſt, nobiſque defendi & actione confeſſoria vindicari poteſt, idem quoque jus, pactionibus eodem modo conſtitutum, ſervitus erit, non jus libertatis; eoque nomine confeſſoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovii, qui his argumentis probari exiſtimat, jus altius tollendi pro jure impoſititio aut ſervitute cenſeri non poſſe; primum quia ſervitutum non ea natura eſt, ut aliquis faciat quid in ſuo, ſed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundo quia omnis ſervitus efficit, ut prædium ſerviat: at ædes, quas ex pactione contra uſitatum modum tollere licet, nullo modo dici poſſe ſervire. Poſtremo quia ſervitus omnis onus prædii eſt, jus dominantis augens, ſervientis minuens. At conceſſione juris altius tollendi etiam ſervienti prædio reſtitui libertatem. Manifeſtus enim in his omnibus error eſt παρὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου. Nam non quæritur, an jus altius tollendi con-

tra

tra præſcriptum modum ſit ſervitus in eo, cui id jus conceſſum eſt: hujus enim reſpectu jus eſt, quod ſervitutem facit: nihil minus, quam ſervitus; & omnis ſervitus eſt in alieno: ſed hoc, an non in eo, qui jus hoc alteri conſtituit, ſervitus ſit: an non ille pati aliquid cogatur in ſuo, videlicet luminibus ſuis offici, quod antea pati jure publico non cogebatur: an non ille eo pacto ſuum prædium ſervire faciat, jus ſui prædii minuat, alterius augeat. Hoc vero eſt, quod nos aſſerimus & abunde probaſſe exiſtimamus. Stet igitur hæc ſententia, jus altius tollendi nonnunquam eſſe jus libertatis noſtræ, nonnunquam impoſititium ſeu ſervitutem, active aſpectu ejus, cui debetur, paſſive in eo, qui debet. Utrum autem horum ſit, ejus rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in ſuo facere ædificando liceat, aut non liceat.

Ne luminibus vicini officiet) His verbis non videtur hoc loco nova demonſtrari ſervitus, ſed finis propoſitæ: eſt enim hic præcipuus finis ſervitutis altius non tollendi, ne luminibus noſtris officiatur, qui ob id etiam plerumque ſimul exprimi ſolet, *l.2. de ſerv. urb. l.2. de ſerv. ruſt.* quanquam & alius dari poteſt, ne ſcilicet in ædes aut aream noſtram proſpectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiat, ſic accipiendum eſt ne officiat altius ædificando; non etiam ne alio modo, veluti arbore poſita, utiquam minimum recedatur a libertate
8 naturali. Quamobrem hoc plus erit in ſervitute, ne luminibus officiatur, quam in illa, ne ædes altius tollantur, *l.12. l.inter 15. & 2. ſeqq. de ſerv. præd. urb.* A ſervitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur ſervitus, quæ luminum dicitur: atque ut hæc magis reſpicit novam luminum conſtitutionem, ita illa conſervationem eorum, quæ jam ſunt *l.4. eod.* niſi forte dicendum ſit, in ſervitute luminum hoc minus eſſe, quam in altera, quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modo tantum luminis vicino relinquat, quantum ad uſum diurnum ſufficiat, qui autem ſervitutem debet, ne luminibus officiatur, nihil omnino facere poſſit, quo lumen minuatur, etiamſi vicini ædes luminibus abundent: quæ ſententia eſt Pauli Caſtr. in *d.l.4.* probata a Cæpoll. *c.35. de ſerv. urb. arg. d.l. inter.* 15. & eodem teſte communiter recepta. Aliter Cujac. 1. *obſ.* 13. & Duar. 1. *diſp.* 33. ſervitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum noſtrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete noſtro feneſtras in eo poſitas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus ſcribit *d.l.4. Luminum ſervitute conſtituta id acquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra accipiat.* Verum hæc ſententia impingit in notiſſimum illud
9 juris principium; *Unumquemque in ſuo quidvis facere poſſe, vel cum incommodo alterius, modo in alienum nihil immittat. L.8. §. Ariſto 5. ſi ſerv. vind. l.9. de ſerv. præd. urb. l.8. C. de ſerv. & aq.* Neque enim in alienum quicquam immittit, qui ſuum parietem aperit & in eo feneſtram ponit: ac proinde ſuo quiſque jure id facere poteſt, licet, id vicino moleſtum ſit, nec ad eam rem indiget conſtitutione ſervitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina noſtra excipiat, non hic ſenſus eſt, qui a Cujacio & Duareno his affingitur: ſed hic, ut ita excipiat, ne quid contra erigat in ſuo, quo lumina præcludantur; quod alioqui ſervitute non conſtituta ſuo jure facere poſſet. *l.9. de ſerv. præd. urb.* Imo vero, inquiunt, qui feneſtram in ſuo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra conſtitutionem ſervitutis: imittit enim oculos. At teſtimonio Xenocratis, μηδὲν διαφέρειν ἢ τὰς πόδας, ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι. auctor Plutarch. *li.* περὶ πολυπραγμ. Ego vero judico, hanc objectionem indignam eſſe tantis viris, nec debuiſſe eos, quod a Xenocrate figurate dictum eſt in homines curioſos, qui ſe ubique contra rationem officii ingerunt, abuti ad demonſtranda dogmata diſciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l.pen.eod.* quia aperte loquitur de pariete communi, in quo conſtat nihil licere facere invito ſocio, *l.8. l.quidam 13. l. in re 26. eod. l. Sabinus 28. com. div.* Illud conſtat, diverſam eſſe a ſuperioribus ſervitutem proſpectus ſeu ne proſpectui officiatur: nam ſervitute proſpectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem proſpectum ac liberum: & cum lumen tantum ſit ex loco ſuperiore, proſpectus etiam ex locis inferioribus eſſe poteſt, *l.3. l.12. l.15. & ſeq. de ſerv. præd. urb.* Sunt qui putant, etiam ſervitutem proſpectus ut diverſam gradu a ſervitute ne proſpectui officiatur diſtinguendam eſſe, eadem ſcilicet ratione & proportione, qua præcedentes, luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus fere harum regionum aut legibus municipalibus vetamur feneſtram facere, unde directo proxime & de plano proſpiciatur in aream vicini, præſcripto certo ſpatio, quo diſtare hujuſmodi feneſtræ a pavimento vel tabulato debeant.

Textus.

De reliquis ſervitutibus ruſticis.

2. Inter ruſticorum prædiorum ſervitutes quidam computari recte putant aqua hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

Notæ.

2. *Pecoris ad aquam appulſum*) Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi cauſa habentur, ad aquam alienam.

Commentarius.

1. *Explicatur & emendatur locus Ulpiani in l. Mela 14. §. ult. de alim. legat.*

Docendi ratio poſtulabat, ut hic §. protinus ſubjiceretur principio hujus tit. dilata tantiſper tractatione ſervitutum urbanarum, cum a ruſticis cœptum eſſet. Sed hoc tanti non eſt, ut ob id maledictis impetendus ſit Tribonianus, quaſi temetum cum hæc ſcriberet bibiſſet: nollemque eo proterviæ proceſſiſſe etiam viros cetera incomparabiles. Verum age. Ait Imp. inter ſervitutes ruſticorum prædiorum recte computari aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, &c. Aquæ hauſtus eſt jus aquæ hauriendæ ex puteo vel fonte vicini, ad prædii noſtri vel familiæ ruſticæ uſum & commoditatem. Qui hauſtum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, ſive ei jus hauriendi & ſimul adeundi ceſſum ſit, ſive hauriendi tantum. Sed etſi tantum adeun-

eundi ad fontem, placuit ineſſe & hauſtum. Ceterum ex flumine publico cum ſine ſervitute cuivis haurire liceat, hauſtus fruſtra conceditur, iter cedi debet, *l.3.§.ult. de ſerv. præd. ruſt.* Cæpol. *c.* 7. Pecoris ad aquam appulſus eſt jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi cauſa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus paſſim refertur inter ſervitutes prædiorum ruſticorum. *l.1.§.1.l.2.§.1.l.3.§.ult l.4. l.6. in fin. de ſerv.præd.ruſt.* Ceterum objici ſolet reſponſum Ulpiani *l. Mela.* 14. *§. ult.de alim. legat.* quo loco aquæ hauſtus & pecorum ad aquam appulſus dicuntur eſſe ſervitutes perſonarum: ſic enim in omnibus codicibus locus iſte legitur; *Nam & hauſtus aquæ & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus perſonæ, tamen ei, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Verum hic locus, ſi ullus in libris noſtris, manifeſte corruptus eſt, idque cuivis, qui modo propius eum conſideret, facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio; primum quia mendoſe interpunctus eſt; deinde quia omiſſa eſt negatio in poſtremis verbis: omninoque ita reſtituendus eſt; *Nam & hauſtus aquæ & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus, perſonæ tamen ejus, qui vicinus non eſt, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privativa, *utiliter*. Niſi etiam ita legamus, μηδὲν ὑγιὲς. Nec ſententia loci, nec ratio juris de his ſervitutibus conſtabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Conſulebatur Jureconſultus de fideicommiſſo, quo aqua relicta erat, ei qui vicinum prædium non habebat: reſpondet, utile eſſe fideicommiſſum, nec obſtare quod aqua hæc relicta proponebatur non poſſeſſori vicini prædii: nam quod perſonæ relinquitur, ut in propoſito aqua, id non vicino quoque recte relinqui, quantumvis tale ſit, quod regulariter jus prædii cenſetur. Argumento eſſe aquæ hauſtum & pecoris ad aquam appulſum, quæ cum natura ſua ſervitutes prædiorum ſint, tamen ei, qui vicinus non ſit, utiliter conſtituantur: non utique ut jura prædii, ſed perſonæ; quod etiam toties actum intelligitur, quoties res geſta eſt inter duos, qui vicina prædia non habent, qua de re monuimus in explicatione rubricæ ſub finem. Vinn. Hæ ſervitutes modo ſunt perſonales, modo prædiales. Perſonales ſi non in uſum vicini prædii, ſed perſonæ conſtituuntur: prædiales, ſi vicino prædio inſerviunt. Id liquidum ex *l. 4. ff. de ſerv. præd. ruſt.* Hinc tolerari poſſunt verba Ulpiani in *l. 10. ff. de alim. legatis*: *Nam & hauſtus aquæ & pecoris ad aquam eſt ſervitus perſonæ*; pro *tamen* autem legendum videtur *nam nec*. *Nam nec ei, qui vicinus non eſt inutiliter relinquitur*.. Ita verba præclare quadrant ſpeciei, quam ibi tractat Ulpianus. Hein.

Pecoris paſcendi) *d. l.* 1. *§.* 1. *l.* 3. *pr. l.*4. *eod.* ſervitus paſcui dicitur *l. 6. in fin. eod.* Eſt autem jus paſcendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune eſt, jus compaſcui appellatur, *l.pen. §.* 1. *ſi ſerv. vind.* Hinc ager compaſcuus, in quo vicinis jus eſt communiter paſcendi. Feſt. in voce *Compaſcuus*. Cic. *in Top. c.* 3. *Si compaſcuus eſt ager, licet compaſcere*. Ceterum ita pecoris paſcendi jus ſervitus prædii videtur, ſi fructuum fundi cauſa pecora habeantur, *d. l.* 4. *eod.* quod ita fit, ſi ſint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *d. l.* 3. *in pr.* Semper enim hoc tenendum eſt, ſervitutem prædii non poſſe conſtitui ultra quam ad prædium ipſum opus eſt, *l.* 5. *eod.* Idem tamen dicendum erit, ſi oves ſint aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caſeum conficiendum, quibus ad victum familiæ ruſticæ utamur. Qui ſervitutem paſcui habet aut pecoris appellendi, ei etiam talis conſtitui poteſt, ut tugurium ibi habere liceat, ut ſi hiems ingruerit, habeat quo ſe recipiat, *d. l.* 6. *in fin. eod.* De jure paſcendi late Cæpoll. *c.* 9. *de ſerv. præd. ruſt.* Schneid. *hic. n.* 28. *& ſeqq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ) *d. l.* 1. *§.*1. item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio ſumendi, *d. l.* 3. *§.* 1. *&* 2. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Omnes autem, quæ hujus generis ſunt ſervitutes, eo pertinent, ut quid ex alieno ſumere liceat, quod transferatur ad uſum prædii noſtri. Eo autem illud contineri intelligitur, quod confertur in familiam ruſticam & pecora, quæ fundi colendi cauſa habentur. *d. l.* 3. *in pr. l.* 4. *l.* 5. *&* 6. *eod.* Sed & ſi quid in alieno facere nobis commodum ſit, quod pertineat ad fructus prædii noſtri exprimendos, melius ve habendos, placet, etiam ejus rei ſervitutem prædialem recte conſtitui, quaſi ad prædii utilitatem & hoc pertineat, quod pertinet ad fructus commode ad uſum habendos; quippe quorum cauſa prædium ipſum habetur. Hujus generis ſunt jus prælii ſive torcularis, ut mihi liceat uvas vineæ meæ, aut olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, *l.* 14. *§. ult. de alim. leg. l.* 3. *§.* 1. *de ſerv. præd. ruſt.*

Textus.

Qui ſervitutem debere vel acquirere poſſunt.

3. *Ideo autem hæ ſervitutes prædiorum appellantur, quoniam ſine prædiis conſiſtere non poſſunt. Nemo enim poteſt ſervitutem acquirere urbani vel ruſtici prædii, niſi qui habet prædium: nec quiſquam debere, niſi qui prædium habet.*

Notæ.

3. *Ideo hæ ſervitutes*) Ex Ulp. *l.* 1. *§.* 1. *l.* 6. *comm. præd.*

Niſi qui prædium habet) Nam & a prædiis debentur hæ ſervitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina eſſe prædia oportet. *l.* 5. *§.* 1. *P. R. l.* 25. *& ſeq. P. V.* ut tamen intermedium prædium non officiat, ſi non impediat uſum ſervitutis. *l.* 7. *§.ult. l.ult. P. R. l.* 1. *P. V. l.* 7. *§.* 1. *comm. præd.*

Commentarius.

Agitur hic de ſubjecto ſive materia ſervitutum prædialium, id eſt, de rebus, in quibus conſiſtunt, & a quibus ob eam cauſam nomen quoque acceperunt. Sunt autem hæ res non omnes, ſed immobiles tantum ſive res ſoli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem ſpectes, quæ ſervitutem debet, ſive id, cui debetur, utrinque prædia eſſe neceſſe

ceſſe eſt: hinc ut ſit, cui imponatur ſervitus; illinc ut ſit, cui acquiratur: unum ut ſerviat, alterum ut dominetur. Quamobrem nemo poteſt prædio ſervitutem vel imponere, vel acquirere, niſi qui habeat prædium, hoc eſt, qui prædii dominus ſit, *l.1. §.1. l. 6. comm.præd. & hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & ſuperficiarium comprehendimus, tam in perſona conſtituentis, quam acquirentis, *l. 1. §.ult. de ſuperfic. l. 1. §.1. ſi ag.vect.* Ceterum his obſtare videtur, quod traditur, *l. 10. de ſerv. præd. ruſt. l. ſi ſervitus 23. §. 1. de ſerv. præd. urb.* futuro quoque ædificio ſeu nondum ædificato ſervitutem vel imponi vel acquiri poſſe, ſiquidem ejus ædificii, quod nondum eſt, nemo poteſt dici dominus. Sed facilis reſponſio eſt, nimirum hic quoque conſtitutionem ſervitutis referri ad prædium, ſed ſervitutis jus eſſe in ſuſpenſo, donec ædificium extruatur, in quo conſiſtat, quaſi ſub tacita conditione conſtitutum. Eadem ratione & fidejuſſor dicitur futuræ obligationi accedere poſſe, *l.6. §.ult. de fidejuſſ. §.3. inf.eod.* non quidem hoc effectu, ut antequam reus debeat, fidejuſſor conveniri poſſit: ſed ut demum fidejuſſio vim ſuam exerat; cum principalis obligatio, cujus illa acceſſio eſt, fuerit ſubſecuta, *l. fidejuſſor 57. eod.tit.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum eſt ſub rubric.

T e x t u s.

Quibus modis ſervitus conſtituitur.

4. *Si quis velit vicino aliquod jus conſtituere, pactionibus atque ſtipulationibus id efficere debet. Poteſt etiam quis teſtamento hæredem ſuum damnare, ne altius tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem ſuum immittere, ſtillicidiumve adverſus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

N o t æ.

4. *Pactionibus*) Idoneis ad dominium transferendum. Non ſolis autem pactionibus ſervitutes noſtræ fiunt, *l. 3. D. de obl. & act.* ſed tunc cum ſecuta eſt traditio naturæ harum rerum conveniens, *l. ult. D. de ſerv. l. 1. in fin. P. R. l. 11. §. 1. de publ. in rem act.* Pactiones tituli ſunt & cauſæ acquirendi remotiores, modus acquirendi & cauſa proxima traditio, *§. 40. ſup. de rer. diviſ. l. 20. C. de pact.*

C o m m e n t a r i u s.

1. *Communi prædio ab uno ex dominis neque conſtitui neque acquiri ſervitutem poſſe.*
2. *Non nudis pactionibus, quantumvis ad transferendum comparatis, ſervitutem acquiri, ſed facto aliquo, quod traditionem repræſentet.*
3. *Suprema voluntate ſervitutem conſtitui ipſo jure.*
4. *Quemadmodum uſu & poſſeſſione noſtra ſervitus capiatur.*
5. *Explicatur latius, quod de conſtitutione & acquiſitione ſervitutis dictum eſt n. 2. & refutatur ſingularis Bachovii opinio.*
6. *Quibus modis ſervitutes amittantur.*

FALſo Mynſ. & Pac. exiſtimant, hoc loci materiam tradi, ex qua ſervitutes prædiorum conſtituantur: conventio enim & ultima voluntas non materiæ ex qua, ſed cauſæ efficientis rationem habent, cum ſint ſervitutum conſtituendarum modi. Eſt autem inſignis hic locus, dignuſque in quo explicando pluſculum operæ ponatur. Servitus prædii a lege non conſtituitur: ſed poteſt re exigente a judice conſtitui in judiciis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri ſervum faciente. *l. item Labeo 22.§.3 fam.erc.l.ut fundus 18. comm. div.* Extra hunc caſum a ſolo prædii domino conſtituitur. Ceterum & longa quaſi poſſeſſione noſtra acquiritur. De domino jam aliquid dictum §.præc. addo nunc, hoc etiam exigi in conſtituente, ut ſit dominus prædii totius non pro parte indiviſa; communi prædio unum 1
ex dominis ne pro parte quidem ſua ſervitutem imponere poſſe *l.2. de ſerv. l.unus 34. de ſerv. præd.ruſt.* niſi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, ſed ſuæ parti ſervitutem imponunt. Quod ſi diverſo tempore id fiat, noviſſima ceſſione ſuperiores confirmantur. *l.6. §.1. l. ult. comm. præd. l.11. de ſerv. præd.ruſt.* Benigne quoque propter conventionem receptum eſt, ut, qui ante ceſſit, vetare me uti jure ceſſo non poſſit, *d.l.11.* Quæ omnia etiam in perſona acquirentis ſervantur; nam nec acquirere quiſquam prædio ſervitutem poteſt, niſi qui ejus prædii ſolus ſit dominus, *l.1. §.1. l.5. l.6. in fin. l.8. comm.præd.* & in pluribus acquirentibus eadem diſtinctio eſt, quæ in pluribus conſtituentibus, *d.l.6. §.1. l. ult. eod.* Conſtituitur a domino ſervitus duobus modis, conventione, & ultima voluntate, *l.5. de ſerv. l. poteſt 16. com. præd. & hoc text.* In conventionali conſtitu- 2
tione duo ad acquirendam ſervitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujuſmodi eſt ſtipulatio, emptio, donatio, permutatio: per *l. nunquam 31. de acq. rer. dom.* & traditio, ſeu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium ſervum, aut uſus acquirentis, & domini conſtituentis patientia, *l.ult.de ſerv. l. 1. in fin. de ſerv. præd. ruſt. l.11. §. 1. de Publ. in rem act. per l. 3. in pr. de uſufr.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis eſt, ut rem corporalem noſtram faciat; *l. traditionibus 20. C. de pact.* ita nec per ſe ſufficit ad acquirendam ſervitutem; *l. 3. de obl. & act. d. l.11. de Publ.in rem act.* Olim hic frequens erat ceſſio, *l. nemo 39. de ſerv. præd. urb. l. 3. §. 2. & 3. l. 11. l. per quem 14. de ſerv. præd. ruſt. l. ult. comm. præd.* & videtur ea neceſſaria fuiſſe in conſtitutione ſervitutum: quæ in eo conſiſtunt, ut dominus aliquid non faciat in ſuo; puta ne ædes altius tollat, ne luminibus vicini aut proſpectui officiat. Nam ejuſmodi jura quomodo per uſum & patientiam conſtitui poſſint, non video: aut ſane inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate ſervitus conſtituitur, cum ea alicui teſtamento legatur, *tit.* 3
de

de ſerv.leg. in qua conſtitutione nihil præter voluntatem defuncti deſideratur ad acquirendam ſervitutem, ſed ſtatim ei, cui legata eſt, abſque ulla ceſſione, aut traditione hæredis acquiritur, l.ult. d.tit. l. ſi partem 19. §.1. quem.ſerv.am. neque diſtinguimus amplius inter ſervitutem legatam per vindicationem, & legatam per damnationem, vid. notata §.1. tit. ſeq.

4 Modus per uſum ac poſſeſſionem noſtram ſervitutem capiendi duplex. Unus communis cum uſucapione rerum corporalium, ſi quis eam a non domino, quem dominum exiſtimabat, conſtitutam per tempus legitimum continenter poſſederit, l.ult.in fin. C. de præſcr. long. temp. Alter ſervitutum proprius, ſi nullo quidem titulo præcedente, ceterum nec vi nec clam, nec precario, id eſt domino prædii ſervientis ſciente & patiente, per continuum definiti temporis ſpatium ſervitute uſi ſumus, l.10. ſi ſerv.vind. l. 1. in fin. de aq. pluv. arc. l. 1. & l. 2. C. hoc tit. ut hic ſcientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis ſint poſſidendi, & longi temporis conſuetudo vicem ſervitutis obtineat. In priore ſpecie titulus neceſſarius eſt; uti ſemper cum initium poſſeſſionis eſt a non domino, inſ.de uſuc. in pr. ſed tunc dominum nihil juvat ignorantia, d. l. ult. C. de præſcr. long. temp. In poſteriore ſcientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita ſtatim ſine uſucapione acquireretur. Sententia communis; a qua fruſtra recedit D.Duar. 1. diſ. 34. add. D. Chriſtin. vol. 111. deciſ. 177. n. 4. & 5. & noſtra lib. 1. ſelect. quæſt. cap.31.

5 *Pactionibus & ſtipulationibus*) His verbis putandum non eſt a conſtitutione ſervitutum excludi traditionem, ſed eodem modo ac ſenſu hic accipienda ſunt, quo accipi conſtat, cum uſusfructus ſimiliter dicitur pactionibus & ſtipulationibus conſtitui, §.1. tit.ſeq. nimirum non ut ſignificetur id, quod in conſtituendo extremum eſt, & excludatur traditio: ſed ut monſtretur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum eſt, quo conſtituta ſervitus acquiritur. Id vero non eſt pactio aut ſtipulatio, ſed traditio ſervitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli ſunt, non modi acquirendi, §.per traditionem 40. ſup. de rer.div. Ceterum quia traditio nihil transfert, niſi præcedat idonea conventio, ſive cauſa; propter quam traditio ſecuta ſit, l. nunquam 31. de acq.rer.dom. ideo pactionum & ſtipulationum meminit, ut cauſarum acquirendi, & in conſtitutione ſervitutis traditionem neceſſario præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, l. traditionibus 20. l. de pact. non propterea removentur tituli ſive cauſæ acquirendi remotiores, ſed extremum in acquirendo ſignificatur, id eſt, modus acquirendi & cauſa proxima, uti & cum uſusfructus & ſervitutes dicuntur conſtitui per traditionem vel patientiam, l.11. §. 1. de publ. in rem act. l.1. in fin. de ſerv. præd. ruſt. l.3. de uſufr. Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video, D. Bachovium in ea eſſe hæreſi; ut exiſtimet, nudis pactionibus & promiſſionibus ſolis ſervitutes prædiales plene perfecteque conſtitui, atque acquiri citra ullam traditionem aut ceſſionem: ac proinde etiam ſtatim ut in conventionem deductæ ſunt, actionem in rem competere. Quo quidem ego nihil unquam audivi, quod a ratione & auctoritate juris magis abhorreat. In toto enim jure modi acquirendarum obligationum diſtinguuntur a modis acquirendi res in obligationem deductas, ſive corpora ſint ſive ſervitutes. Modi, quibus obligatio quæritur, ſunt contractus & conventiones; quibus dominium rei in obligationem deductæ, traditiones, & in rebus incorporalibus ea facta, quæ traditionem diximus repræſentare. Si igitur ſtipulanti mihi viam aut iter promiſeris, ex hac conventione non acquiritur mihi jus eundi aut agendi, quod actione in rem confeſſoria vindicare poſſim, ſed obligatio duntaxat & actio perſonalis ex ſtipulatu, qua intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere*, l.2. §.1. & 2. de verb.obl. l.ſi unus 19. de ſerv. præd. ruſt. Tunc demum dominium ſervitutis nanciſcor & actionem in rem, cum conventionem ſecuta eſt traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, l.ult. de ſerv. l.1. in fin. de ſerv. præd. ruſt. l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. l. 3. de uſufr. Denique definitio tradita, l. 20. C. de pact. traditionibus; non nudis pactis dominia rerum transferri, generalis eſt nec minus ad ſervitutum, quam rerum corporalium acquiſitionem pertinet, l. 3. de obl. & act. quo loco diſerte de ſervitute idem quod de corpore Juriſconſultus definit, eam quæſita nobis ex contractu obligatione noſtram non fieri, ſed tantum debitorem obſtringi ad eam nobis dandam aut præſtandam. Quid ergo eſt, quod Bachovium moverit in contrarium? Primum quod hic ait Juſtinianus, pactionibus & ſtipulationibus ſervitutes conſtitui. At idem de uſufructu quoque dicitur §.1.tit.ſeq. ad cujus tamen conſtitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam eſſe neceſſariam. Deinde quia Papinian. l.4. de ſerv. ſcribit, ſervitutes ipſo jure neque ex tempore neque ſub conditione conſtitui poſſe: ceterum ſi hæc adjiciantur, vindicantem contra placita ſervitutem pacti vel doli exceptione repelli. Quaſi ex eo neceſſario ſequeretur ſervitutem per ſolam promiſſionem conſtitui, & perinde ſit, ac ſi Juriſconſultus dixiſſet, ſervitutem neque ex tempore neque ſub conditione promitti poſſe. Vitioſa plane collectio, & falſa quæ ſequitur propoſitio. Aliud enim eſt promittere, aliud conſtituere ſervitutem. Qui promittit, actu nihil juris in rem alteri conſtituit, nihil dat, ſed obligat ſe, ut det. Nec poteſt ulla excogitari ratio, cur minus ſervitutes, quam res ceteræ, ex die aut ſub conditione recte promittantur, ut neque ante diem peti poſſint, neque antequam conditio extiterit, debeantur. Quæ vis eſt harum adjectionum. §.2. inſ. de verbor. obligat. l.cedere diem 213. de verb.ſignif. l. exiſtimo 98. de verbor.obligat. At conſtituere ſervitutem eſt actu eam imponere, & efficere, ut jam ſit quæſita prædio. §.præc. l. 1. §. 1. comm. præd. Quid vero Papinianus? Non ait, ſervitutem ex die aut ſub conditione promitti non poſſe, ſed non poſſe ipſo jure conſtitui ex die aut ſub conditione; id eſt, ut recte *Joan.apud Accurſ.* ſic conſtitui, ut ſtatim ſit conſtituta & prædio acquiſita; ſed adjecta die aut conditione, in quæ uſus ſervitutis & vindicatio differatur. Quod certa ratione juris efficitur; nam cum ſervitus ſemel prædio acquiſita eſt, fieri non poteſt, quin a domino

prædii jure vindicetur, *l.* 1. *ſi ſerv. vind.* Ceterum ex æquitate juris prætorii eſt, quod placitum ope exceptionis ſervetur. Feſellit Bachovium, quod putavit, ſi quid præter pactionem aut promiſſionem ad conſtituendam ſervitutem deſiderari poſſet, id eſſe ſolum uſum ejus, cujus conſtituitur, & patientiam conſtituentis: quibus ſane in ſpecie a Papiniano propoſita locus eſſe non poteſt, cum ſint contradictoria, uſu ſervitutem conſtitui, & uſum ſervitutis differri. Sed nos jam ante oſtendimus, etiam aliis modis ad conventionem accedentibus ſervitutem poſſe conſtitui & prædio acquiri, per inductionem ſcilicet in fundum ſervum, & ceſſionem: qua cum veteres fere ſemper uſi ſint in conſtituendis ſervitutibus, hoc ipſum ſatis argumenti eſt, ſola conventione conſtitui & imponi non potuiſſe; add. Connan. IV. *com.* 8. Don. XI. *com.* 10. Paul. Buſ. ad *d. l.* 4.

Heredem ſuum damnare, ne altius tollat, &c. vel ut patiatur, &c.) Hæc deſcripta ſunt ex Cajo *l. poteſt* 16. *com. præd.* Legati damnationis meminit, non quod ſervitus per vindicationem legari nequeat, contrarium enim docet *tit. de ſerv. leg.* ſed aut exempli cauſa, aut quia ſervitutes omnes per damnationem legari poſſunt, per vindicationem non item: neque enim quæ in non faciendo poſitæ ſint, per vindicationem legari poſſe videntur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollat, ut patiatur*; expreſſit naturam & ſubſtantiam ſervitutum, quæ duarum harum rerum conſiſtit in altera, vel ut dominus aliquid in ſuo non faciat, vel ut aliquid in ſuo fieri patiatur, *l. quotiens* 15. §. 1. *de ſerv.* de quo dictum ſub *rubr.* VINN. Recte ſuſpicatus eſt Vinnius noſter; ſervitutes omnes legari potuiſſe per damnationem non omnes per vindicationem: ſed fallitur, dum hanc differentiam quærit in diſtinctione ſervitutum adfirmativarum & negativarum, quum eam facilius reperire potuiſſet in ſervitutum prædiorum ruſticorum & urbanorum diſcrimine. Per damnationem omnes condemnari poterant, etiam quæ non erant teſtatoris: per vindicationem non niſi eæ, quæ ex jure Quiritium teſtatoris fuerant. Ulpian. *Fragm. tit.* 24. §. 7. 8. Jure Quiritium habebantur res mancipi. Et tales erant ſolæ ſervitutes prædiorum ruſticorum, non item urbanorum, Ulp. *Fragm. tit.* 19. §. 1. poterant ergo hæ ſolæ per vindicationem legari. HEIN. Recte feciſſet Tribonianus, ſi hic aliquid ſubjeciſſet de amiſſione ſervitutum, juxta præſcriptum *l. ult. de legib.* quod obſervavit in uſufructu *tit. ſeq.* & paſſim in hoc libello. Suppleamus ergo quod hic deeſt. Amittitur ſervitus primum ſoluto jure auctoris, verbi gratia, ſi rei ſub conditione legatæ impoſita ſit, & conditio extiterit, *l.* 11. §. 1. *quemad. ſerv. am. l. ſi fundus* 105. *de cond. & dem.* Item ſi prædio emphyteutico aut beneficiario impoſita ſit ab emphyteuta aut vaſſallo, & quo caſu hæc prædia ad dominum redeant, *c.* 1. §. *quid ergo de inveſt. de re al. fact. in uſib. Feud.* quippe reſoluto jure dantis reſolvitur jus accipientis, ut notatur in *l. lege* 31. *de pign.* Amittitur ſecundo remiſſione; tum aperta, *l.* 14. §. 1. *de ſerv.* tum tacita; puta ſi permiſero domino fundi ſervientis in loco ſerviente id facere, quo ſervitus impediatur, *l.* 8. *quem ſerv. am.* Tertio amittitur confuſione, cum prædia confuſa ſunt, ſive cum idem utriuſque prædii dominus eſſe cœperit, *l.* 1. *ſi quis* 30. *de ſerv. præd. urb.* Quod ſi partem tantum prædii nactus ſim, quod mihi aut cui ego ſerviam, placet ſervitutem non confundi, *l. una* 18. *l.* 1. *verſ. via l.* 23. §. *ult. de ſerv. præd. ruſt.* Weſ. *par. de ſerv. n.* 9. Cantiunc. *hic.* Sed & ſi cum mihi per plurium fundos ſervitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnes acquiſiero, ſervitus per ceteros retinetur, *l. ſi cum* 15. *quem ſerv. am.* Poſtremo finitur etiam non utendo; ſi videlicet nemo ſervitute uſus ſit, neque is, cui debetur, neque poſſeſſor prædii dominantis, amicuſve aut hoſpes, &c. *l. uſu* 20. *eod.* aut ſi quis loco quidem uſus ſit, ſed non jure ſervitutis: aut jure quidem ſervitutis, ſed non ſervitute conſtituta *l.* 10. *& ſeq. l. ſi quis* 18. *l. ult. eod.* ceterum ita ſi nemo uſus ſit per conſtitutum continuum tempus, *l.* 7. *eod. l.* 6. *de ſerv. præd. ruſt.* quod tempus eſt decem vel viginti annorum, *l.* 13. *C. de ſerv.* Enimvero ſi ſervitutis uſus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte quia alternis annis aut menſibus conſtituta eſt, duplicato conſtituto tempore non utendo amittitur, *d. l.* 7. id eſt, adverſus præſentes 20. annis, adverſus abſentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi ſtatuendum. Quicumque vero aut noſtro aut prædii nomine uſus ſit, poſſeſſor, mercenarius, hoſpes, amicus, colonus, fructuarius, retinebimus ſervitutem, *d. l. uſu* 20. *&* 4. *ſeqq. quem. ſerv. am.* Ad urbanarum ſervitutum amiſſionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quam ſi vicinus ſimul libertatem ædium ſuarum uſuceperit: veluti in ſervitute altius non tollendi, ſi per ſtatum tempus altius ſublatum habuerit ædificium, & inſuper ipſe per idem tempus ædes poſſederit *d. l.* 6. *de ſerv. præd. urb.* Hoc ita tam varie, quia cum ruſticarum uſus poſitus ſit in ſolo exercitio & facto ejus, cui debentur, ſolum quoque ejus non uſum placet ſufficere ad amittendam tempore ſervitutem. Contra urbanæ quia nihil exercitii habent, ſed in ſola ejus, qui debet, patientia conſiſtunt, non utendo, amitti nequeunt: ideoque non ſufficit, ſublatum eſſe opus, quod ſervitutis retinendæ cauſa habebatur, niſi ſimul is, qui ſervit, hac occaſione utens ad libertatem rei ſuæ uſurpandam aliquid contra ſervitutem moliatur in ſuo, ut eleganter D. Connan. IV. *comm.* 12.

Ti-

Titulus quartus.

De usufructu.

D. Lib. 7. Tit. 1. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio. Variæ ſervitutum perſonalium ſpecies: ſumma eorum, quæ hoc tit. tractantur.

HActenus de ſervitutibus rerum ſive prædiorum: ſequuntur ſervitutes perſonarum, ſic dictæ quia ſunt jura perſonæ in aliena re conſtituta: ſiquidem ex re, cui ſervitus debetur, diſtinctio iſta ſervitutum petita eſt, ut oſtendimus initio tit. præc. Species ſervitutum perſonalium ſunt & variæ. Etenim ſciendum eſt, etiam jura, quæ natura ſua realia ſunt, ita conſtitui poſſe, ut ex ea conſtitutione perſonæ tantum acquiſita eſſe intelligantur; veluti ſi in conſtituendo perſona demonſtrata ſit, cui ſoli ea præſtentur; *l.4. de ſerv. præd. ruſt. l. Mela 14. §. ult. de alim. leg.* vel ſi conſtituta ſint ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Sed & ſervitus perſonæ conſtitui poteſt, ut pomum decerpere, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno liceat; quanquam prædii non prodeſt, per *l. quoties* 15. *in fin. de ſervit. l.* 5. *§. & b. lle* 9. *de op. nov. nunt. l.* 1. *§. præterea* 12. *& l.3.pr. de aqua cotid. d. l. Mela* 14. *in fin. de alim.leg.* Coraſ. Duar. Coſtal. ad *l.*8. *de ſerv.* Hotom. VIII. *obſ.* 20. Cyn. *ad rubr. C. de uſufr. poſt* Pet. & Hugolin. *Gloſſatores*, utut D. Cujac. XXIV. *obſ.* 22. id neget, & ejuſmodi pactionibus non ſervitutem aliquam conſtitui & acquiri, accedente licet patientia conſtituentis, ſed nudam ac ſimplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, aſſerat, ſecutus *Gloſſ.* Bart. Caſtr. in *d. l.*8. *de ſerv.* Ceterum hæ & ſimiles ſervitutes perſonales innominatæ ſunt & irregulares, niſi eas ad uſum referas ad certum modum conſtitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 1. Nominatarum autem & vulgarium tres duntaxat ſpecies ſunt: uſusfructus, uſus, & habitatio. Operæ enim ſervorum vix eſt, ut ſervitutibus perſonalibus adnumerari poſſint: tum quia non ex perſona ejus, cui debentur, ſed ex perſona operarii æſtimantur; hoc eſt, ex perſona ejus, qui eas præſtat, aut ſtant aut intereunt: *l.*2. *de oper. ſerv. l.*2. *de uſufr. leg.* quod & nomen operarum ſatis oſtendit: tum quia non juris ſunt, ut vindicari poſſint, ſed totæ in actu & miniſterio hominis conſiſtunt, *l.* 1. *tit. de op. ſerv.* Hotom, *illuſt. quæſt.* XLI. Cujac. VII. *ad African. ad l. quæſitum* 37. *hoc tit. de uſufr.* Ceterum in pleriſque uſum vel uſumfructum imitantur: *l.* 3. 4. 5. *de op. ſerv. l.* 2. *de uſufr. leg. l.* 5. *§. ult. uſufr. quem cav.* Ex tribus autem iſtis, quas dixi, princeps ſpecies eſt uſusfructus: deque eo ſolo hoc titulo agitur; de uſu & habitatione *tit. ſeq.* Quatuor autem hic ordine exſequitur Imp. Primum docet, quid ſit uſusfructus; deinde quibus modis conſtituatur; tum quibus in rebus conſiſtat; poſtremo quibus modis finiatur.

Textus.

Definitio uſusfructus.

Uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia. Eſt autem jus in corpore, quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt.

Notæ.

Alienis rebus) Hoc commune eſt omnium ſervitutum; nemini enim res ſua ſervit., *l.* 5. *pr. ſi uſ. pet. l.*26. *P. V.* Habet quidem & dominus jus utendi re ſua, ſed non ſeparatum a jure dominico.

Quo ſublato) Vel ita mutato, ut in alienam ſpeciem & nomen tranſierit, *l.* 5. *§.* 2. 3. *& ll. ſeqq. quib. mod. uſ. am.* Sumpta hæc ex *l.* 1. *&* 2. *eod.*

Commentarius.

1. *Quid in definitione propoſita verba juris ſignificetur.*
2. *Quid fructuario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi.*
3. *Quid juris ſit, ſi fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum ſoluta deceſſerit,, remiſſive.*
4. *Colonum, creditorem* αντιχρησθεντα, *legatarium proventus annui, jus ad rem tantum, non in re habere.*
5. *Uſumfructum formalem ſemper eſſe in re aliena: & quo ſenſu dicatur in multis pars eſſe dominii.*
6. *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7. *Quid his verbis definitionis, ſalva rerum ſubſtantia, indicetur.*
8. *In fructu non eſſe, quod non percipitur ex eo uſu, ad quem res parata eſt.*
9. *Cautionem fructuariam a teſtatore remitti non poſſe: ab hærede poſſe, & quid ſi fructuarius propter inopiam fidejuſſorem invenire non poſſit.*
10. *Quid ſibi velit, quod dicitur, ſublato corpore uſumfructum tolli.*

JUs *alienis rebus utendi fruendi, &c.*) Ex Paulo, *l.* 1.
hoc tit. Ait, *eſt jus*. Hoc ſic nonnulli accipiunt, 1
quaſi dixiſſet, eſt ſervitus perſonalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum conſiderate. Etenim inconcinna & inepta eſt iſta locutio, ſi dixeris uſumfructum eſſe ſervitutem utendi fruendi re aliena: quippe cum ſervitus ſit in ſerviente, uti autem & frui ejus ſit, cui ſervitus debetur, &

actio ſervituti contraria. Jus vim agendi, ſervitus patiendi ſignificationem habet. Animadvertere debuerant, ſervitutes omnes jura dici & definiri ſolere, reſpectu ejus, cui conſtitutæ ſunt, tanquam perſonæ primariæ in hoc jure; atque eodem reſpectu etiam uſumfructum definiri, habita ſcilicet relatione ad fructuarium: verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum ſit, in uſu perpetuo juris, & omnium Latine loquentium facultatem & poteſtatem eo vocabulo ſignificari. Nec metuendum eſt, ne hac ſignificatione admiſſa definitio non reciprocetur cum re definita: nam poteſtatem hanc ſive jus ſequentia definitionis verba ſic temperant, ut jura affinia ſatis hinc removeantur: & porro ex locis, ubi hæc definitio traditur, ſerieque tractationis, ſponte intelligitur, ſubaudiri oportere, jus hoc ex conſtituta ſervitute competere, & perſonæ fructuarii cohærere.

Utendi fruendi) Forma & finis. Duo autem hæc fere conjungi ſolent, *uti frui*, licet fructui uſus inſit, nec interſit, fructus an uſusfructus legatur, *l. per ſervum* 14. §. 1. *de uſu & hab. l. antepen. de uſufr. leg.* niſi corpus, non jus demonſtrare volumus, *l. vacca* 43. *de evict.* His autem verbis a fructuario removetur jus omne in rem, præter uſum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumiſſio, proprietatis oppignoratio, *l. 6. l. 9. C. hoc tit.* Jus utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere poſſit ad uſum & commoditatem ſuam, ut tamen id faciat ſecundum rei conditionem, eamque exerceat ad eum uſum, ad quem natura aut patrisfam. inſtituto parata eſt. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, ſervis ad operas, veſtimentis ad induendum, ceteris rebus ſecundum ſuam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur *l. 13. §. ult. l. 15. §. 1. & ſeqq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere poſſit, & percipiendo ſibi acquirat, non naturales tantum, qui ex re fructuaria proveniunt, ſive ſponte ſive opera fructuarii; verum etiam civiles, qui per cauſam rei obveniunt, puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In ſumma, omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipſo corpore ſive re fructuaria, vel occaſione ejus percipitur, fructuarium ſequitur, *l. 7. l. 9. l. arbores* 59. §. 1. *hoc tit. l. 13. quib. mod. uſ. am. l. qui ſcit* 25. *l. in pecudum* 28. *de uſur.* Atque hinc recte colligunt DD. uſufructu caſtri ſive juriſdictionis conceſſo, poſſe uſufructuarium antiquas inveſtituras renovare: Menoch. *lib. 1. conſ. 66.* ad eum pertinere multas & pœnas pecuniarias, emolumenta ſigilli & officialium: Schneid. *ad* §. 2. *hoc tit.* Molin. *ad conſuet. Pariſ.* §. 1. *Gloſſ.* 1. *n.* 51. Joan. del Caſtil. *tract. de uſufr. c.* 36. *n.* 29. poſt Bart. Jaſ. & alios antiquos, legato uſufructu univerſitatis bonorum, cui jus patronatus annexum ſit, jus præſentandi fructuario competere: Menoch. *d. conſ. n.* 6. Molin. *d. loc. n.* 3. Caſtil. *d. cap.* 36. *n.* 35. ad uſumfructuarium proprietatis pertinere non tantum canonem annuum, ſed etiam, ſi ſtante uſufructu res emphyteutica alienata ſit, laudemium, Clar. §. *emphyteuſis quæſt.* 23. *n.* 5. Chaſſ. *ad conſuet. Burg. rubr.* 4. §. 6. *n.* 1. Caſtill. *d. cap. n.* 45. Et ſecundum hos, ipſe aliquando ex facto conſultus reſpondi, miratus Bachovium, qui hoc axioma damnat, ut impoſſibile, ut dictu & auditu abſurdum, *not. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 16. *theſ.* 11. Sed & apud nos a ſupremo Senatu judicatum eſt, bonorum omnium uſufructu legato, etiam reditus vitalitios, tanquam fructus, lucro fructuarii cedere debere, teſte D. Jacobo
3 Coreno *obſerv. rer. a ſupr. Sen. jud.* VII. Ceterum quod alibi dictum, hoc loco repetendum eſt, fructuarii non aliter fructus fieri, quam ſi ipſe eos perceperit, aut alius ejus nomine, & ideo ſi maturis fructibus, nondum tamen perceptis, deceſſerit, hæredem ejus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, §. *is vero* 26. *ſupr. de rer. div. l.* 13. *quib. mod. uſ. am. l.* 8. *de an. leg.* An vero idem & in civilibus fructibus, puta uſuris, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut ſcilicet fructuario ante diem, quo ſolvi debeant, mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat: an pro rata temporis, quo uſusfructus ſtetit inter hæredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi ſub *d.* §. *is vero* 26. De commodis, quæ fructuarium ſequuntur, qui plura noſſe deſiderat adeat Don. x. *comm.* 7. & 8. Caſtill. *cap.* 36. & 37. *tract. de*
4 *uſufr.* Habet & colonus, & creditor ἀντιχρήσεως, facultatem utendi fruendi re aliena: ceterum illi jus tantum habent ad rem, & in perſonam locatoris aut debitoris, hoc eſt, locatorem & debitorem ex contractu tantum ſibi obligatus, habent ad hoc, ut præſtent uti frui licere: unde & iis actio eo nomine in perſonam duntaxat competit; colono, ex conducto, *l.* 15. *locat.* creditori, in factum. *l.* 11. §. 1. *de pign.* Jus autem in rem, & quod proprium eorum dici poſſit, de quo hic quæri conſtat, nullum habent: quippe quod non acquiritur, niſi traditum ex juſta cauſa, ex qua & dominium transferretur, cujuſque tuendi & obtinendi cauſa ad exemplum dominii vindicatio ſeu confeſſoria in rem actio prodita eſt, §. 2. *inf. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici poſſunt. Sed & hic ipſe non fruitur, ſed per manus hæredis reditum accipit. *l. fundi* 38. *de uſufr. leg. l. liberto* 21. *pr. de ann. leg.* Hotom. 1. *illuſt.* 24. Caſtill. *d. tr. cap.* 4. & 5.

Rebus alienis) Materia. Eſtque hoc commune omnium ſervitutum, ut ſint in alieno: neque enim res ſua ulli ſervit, *l. in re* 26. *de ſerv. præd. urb. l.* 5. *ſi uſusfr. pet.* Recte inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnis uſusfructus ſervitus ſit, & in re aliena. Duo enim, inquies, ſunt genera uſusfructus. Eſt quidam ſeparatus a proprietate, quem quod per ſe conſiſtat, & formam propriam habeat, ſeparatam a proprietate, formalem Gloſſa & DD. vocant: eſt & alius, conjunctus cum proprietate: qui quia competit ex cauſa proprietatis, cauſalis vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in *l. ſi cum argentum* 21. §. 3. *de exc. rei jud. l.* 5. *ſi uſusfr. pet. l. qui uſumfr.* 58. *l. ſi ita* 126. §. 1. *de verb. obl.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non eſt, in re aliena: hunc autem habere dominum in re ſua: ac proinde non poſſe non vitioſam eſſe definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus duntaxat,
5 uſumfructum formalem. Hæc objectio ne quem moveat, obſervandum eſt, verbo uſusfructus ſimpliciter aut abſolute enunciato in toto fere jure, & maxime in quæſtione & tractatione de ſervitutibus, eum ſolum intelligi, qui a proprietate ſeparatus eſt, non

eum

ſum, qui aſtrictus eſt jure proprietatis; formalem, non cauſalem; eum, qui ſervitus eſt, non qui pars eſt juris dominici; quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus, tunc ſolum in jure utimur, cum iſta per ſe habentur ſine jure proprietatis: atque ex hoc uſu definitionem ita conceptam eſſe, ut formali tantum conveniat, qui ut ſolus ſervitus eſt, ita & re in aliena ſolus habetur. Neque vetus iſta & magiſtralis diſtinctio uſusfructus in formalem, & cauſalem, vera eſt & genuina generis in ſpecies diviſio, neque pro ea a DD. venditatur; ſed potius diſtinctio nominis πολυσημου in ſua ſignificata. vid. Weſ. *par. hoc.tit. n.*4. Caſtill. *de tract. c.* 1.*n.*16. Pinel. *in l.*1.*C. de bon.mat.part.*1.*n.*10. Gomeſ. 11. *reſ.* 15. *num.* 2. & 3. Quod ſi porro quis urgeat, & uſumfructum etiam ſeparatum in re fructuarii eſſe contendat, quia pars dominii dicitur, *l.* 4. *h. t.* in promptu reſponſio eſt: partem dici, non quod revera pars ſit, cum ſit ſervitus, *l. recte* 25. *de verb. ſign.* ſed quia in multis caſibus, quod exprimit Paul. *d.l.*4. vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium cenſetur, propter emolumentum quod continet, *l. Mævius* 66.§.*fundo.*6. *de legat.* 2. & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem ceterarum ſervitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eo pertinet, quod in venditione bonorum etiam uſumfructum venire Ulp. ſcribit, quia appellatione domini fructuarius quoque contineatur, ſententia ſcilicet edicti; *l.*8.*pr. de reb.auct.jud.poſſ.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l.*13. §. *ſuperficiarium.* 8. *de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi; *l.*3.§. *unde vi interdictum* 13. *de vi & vi arm.* quod uſusfructus pro parte diviſa vel indiviſa conſtitui poteſt, *l.* 5. *h. t.* Senſit hoc Gloſſ. *in d. l.* 4. Latius explicuit D. Connan. IV. *comm.*6. Poſtremo ut demus, uſufructuarium reſpectu juris, quod habet, vere dominum dici poſſe, ſemper tamen in re aliena jus ſuum
6 exercet. Quamobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipſa propria eſt; quaque illi utuntur jure dominii, quod habent, non jure uſusfructus a dominio ſeparati. Maritum verum eſſe dotis dominum, quamdiu conſtat matrimonium, infinitis locis traditum eſt, *inſ. quib. alien. lic. in pr. l. ſi prædium* 13.§.2. *de fund. dot. l.*7.§.*ſi res* 3.*de jur. dot. l. ſi prædium* 23. *C. eod.* Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, *l. docet* 9. *C. de rei vind.* & mobilium quoque alienatio, *l.*3.§.2.*de ſuis, & legit. l.*3.*C. de jur. dot. auth. ſive a me* §.1.*C. ad ſc.n. Vell.* Hæres, quoque, qui rogatus eſt aliquid ex die aut poſt mortem ſuam reſtituere, interim ejus rei dominus eſt, non fructuarius, *l. ſpecies* 15. *de aur. arg. leg.* tantum quia cedente die fideicommiſſi reſtituenda eſt, ideo de ea tanquam aliena nonnunquam juris conditores loquuntur, ut Juſtinian., *l. ult.* §. *ſed quia* 2. *C. comm. de legat.* ſicut & de re dotali, quia & maritus temporale dominium habet, ſoluto matrimonio ad mulierem reverſurum, *l.*7. § *ſi fundum* 12. *in fin. ſol. matr. l. in rebus* 30. *C. de jur. dot.* De emphyteuta major poteſt eſſe dubitatio propter dominium directum, quod alius habet: ſed hoc non obſtat, quominus & proprietas quædam in re emphyteutica, ratione emphyteutæ conſiderari poſſit; ut & poteſt in re feudali reſpectu vaſalli, 2. *feud. tit.* 43. & argumento eſt, quod emphyteuta poteſt uni ſeorſum uſumfructum rei emphyteuticæ legare, alteri deducto eo proprietatem, *l.*1.*pr. quib. mod. uſ. am.* Joan. del Caſtill. *tract. de uſufr. c.*39. *n.*10. & 11. Quid quod emphyteuta etiam ipſum fundum emphyteuticum alteri vendere, donare & obligare poteſt; ſervitutes ei imponere, & quidvis in eo extruere; contra ipſum quoque directum dominum in rem agere, non dico de jure ſeparato, ut fructuarius in rem confeſſoria, ſed de re ipſa, *l.*1. & 2. *ag. vect.* ut plus etiam juris emphyteutæ, quam domini in ipſa re habeant: quam ob cauſam etiam domini prædiorum emphyteuticorum appellantur, *l. poſſeſſores* 12. *C. de fund. patrimon. lib.*11. emphyteutæ ſimillimus eſt ſuperficiarius, *l.* 1. *de ſuperfic. d. l.* 1. *quib. mod. uſ. am.*

Salva rerum ſubſtantia) Id eſt, ſi Theophilo & Giphanio credimus, quamdiu res ſalvæ manſerint. Ego vero hoc amplius hac adjectione proprium ſeu modum indicari arbitror, ut intelligamus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem ſalvam ſervet domino: ac proinde hac clauſula fructuarium prohiberi tum rem conſumere, cauſamve proprietatis deteriorem facere, tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium uſumfructum relictum eſſe; non debet fructuarius eas occidere, ut carne veſcatur: hoc enim pugnat cum natura uſusfructus. Cui fundi uſusfructus legatus eſt, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis, *l.*13.§. *fructuarius* 4. *h. t.* Sed & ſi agrum non proſcindat, vites non ſubſerat, aquæductus corrumpi patiatur, non intelligitur ſalva ſubſtantia re uti, *d. l.* 13. §. 2. Ædium uſufructu legato, non mutabit diætas vel atria, non diruet & ædificabit nova, *d. l.* 13.§. *ſed ſi ædium* 7. nec ſi meliorem domini cauſam faciat, *l.*7 *in fin. l.*8.*l. uſufructuarius* 44. *eod.* Nam quod traditum eſt, poſſe fructuarium cauſam proprietatis meliorem facere, *d. l.*13.§.4. hoc ſic temperandum eſt, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l.*13. §. *ſed ſi ædium* 7. D. Diod. Tuld. *c.*4.*hic*. Illud quoque quod ſuperius leviter attigimus, explicatius conſiderandum eſt. Diximus, 8
ſemper in uſufructu uſum ineſſe, *l.*14.§.1. *de uſu & hab.* eumque, qui non ſecundum rei conditionem re utitur, non uti, ſed abuti, *l. ſed ſi quid* 15.§.1.*h.t.* Hoc autem eo pertinet, ut intelligamus, eum, qui ſic utitur, ne recte quidem frui, nec in fructu eſſe, quod non percipitur ex eo uſu, ad quem res parata eſt. Hinc igitur fructuarii non erunt partus ancillarum, *l. vetus* 68. *eod.* §. *in pecudum* 37. *ſup. de rer. div. l. in pecudum* 28. *de uſur.* non enim ancillæ ad hoc habentur, ut pariant, ſed ut ſerviant, *l. ancillarum* 27. *de hær. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes & frugiferæ, *l.* 11. *l.* 13. §.4. *h. t.* nimirum quia non habentur, ut ſuccidantur, ſed vel ad fructum ferendum, vel ad ornatum umbramve præſtandam. Hinc denique eſt, quod ſilvam non cæduam, aut quæ ut cædua a domino habita non eſt, fructuarius cedere non poteſt, *l.*9.§.*ult. eod.* quamvis materiam ex ea ſuccidere ad villæ refectionem, & pedamenta in vineam ſumere non prohibeatur, *l.* 10. *l.* 12. *in pr. eod.* ubi late D. Paul. Buſ. Ut igitur dominus ſecurus

*tiſdet hæredi de tanta pecunia reſtituenda, ſi mo-
rietur aut capite minuetur. Cetera quoque res ita
traduntur legatario, ut ejus fiant: ſed æſtimatis
his ſatisdatur, ut, ſi moriatur aut capite minua-
tur, tanta pecunia reſtituatur, quanti hæ fuerint
æſtimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum
rerum uſumfructum, (nec enim poterat) ſed per
cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.*

NOTÆ.

1. *Vinum, oleum*) Harum rerum non uſus,
ſed abuſus eſt. Boet. *in top. lib.* 11. *Utimur his, quæ
nobis utentibus permanent: his vere abutimur, quæ
nobis utentibus pereunt.*

Quodammodo) Expendendo & alienando: ita pecu-
nia interire dicitur apud Corn. Nep. *in Themiſt. cap.* 2.

De tanta pecunia reſtituenda) Clauſula cautionis
fructuariæ de utendo boni viri arbitratu, *l.* 1. *uſ.
quem cav.* ad quaſi uſumfr. non pertinet: & abſur-
dum eſſet; rei dominum talem cautionem præſtare.

Si morietur aut capite min.) Non aliis modis
quaſi uſusfr. extingui poteſt, *l.* 7. *l.* 10. *d. t.*

Sed æſtimatis) Aut cavebitur de rebus ejuſdem
qualitatis reſtituendis: quanquam illud certius &
tutius. *l.* 7. *de uſ. ear. rer.*

Nec enim poterat) Naturalis enim ratio auctori-
tate Senatus mutari non potuit, *l.* 2. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur rerum fungibilium uſusfructus conſtitui non
poſſit.*
2. *In hoc numero rerum non eſſe veſtimenta, contra
pleroſque, & ipſum adeo Tribonianum, firmis
rationibus, oſtenditur.*
3. *Qua conſideratione pecunia & quædam alia in hoc
genere numerentur.*
4. *An cautio quaſi fructuaria ſit de ſubſtantia quaſi
uſusfructus.*
5. *Partes cautionis quaſi fructuariæ expoſita, & no-
tatus inſignis error Mynſingeri.*

HOc §. agitur de rebus, in quibus uſusfructus
conſtitui poteſt. Et ſciendum eſt, in rebus
omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas
qualiſcumque, percipi poteſt, uſumfructum conſtitui
poſſe, ſive immobiles ſint, ut domus, fundus; ſi-
ve mobiles, ut mancipia, jumenta, ſupellex, &c.
in quo differt uſusfructus a ſervitutibus realibus,
quæ tantum in prædiis conſiſtunt. Sed & rerum
incorporalium uſusfructus conſtitui poteſt, veluti
nominum, *l.* 3. *de uſufr. ear. rer.* ut fructuarius
rem conſecutus ea utatur. Poteſt & juriſdictionis,
quam patrimonialem vocant, ut fructuarius mul-
tas & pœnas pecuniarias, tanquam fructus juris-
dictionis, percipiat. Schneid. hic poſt alios, quos
ſupra citavi. Neque hic quaſi uſusfructus eſt, ut
putat D. Bachovius: certe non eo ſenſu ſic appellari
poteſt, quo earum rerum, quæ uſu conſumuntur,
quaſi uſumfructum eſſe dicimus: nam juriſdictio non
datur fructuario, ut ejus fiat propria; ideoque & eam
ipſam finito uſufructu reſtituere debet, eodemque mo-
do cavere, quo fructuarius rei corporalis, quæ fru-
ctum recipit. *fac. l.* 1. *de uſufr. leg.* Solæ excipiuntur res,
quas utendo conſumi neceſſe eſt; cujuſmodi ſunt vi-
num, oleum, frumentum, ceteræque res, quæ pon-
dere, numero, menſura conſtare, & in genere ſuo
functionem recipere dicuntur. *inſ. quib. mod. re cont. obl.
l.* 2. *de reb. cred.* Has res ait Imperator neque naturali 1
ratione neque civili uſumfructum recipere: ſcilicet
hæc eſt natura uſusfructus, juſque de eo conſtitutum,
ut ſit in re aliena ſive penes eum, qui dominus rei
fructuariæ non ſit, iſque jus habeat ea re utendi fru-
ctuſque ab ea ſeparandi, aut commoda ob cauſam rei
obvenientia percipiendi; ita ut interim res ipſa, cu-
jus proprietas apud alium eſt, ſalva & integra ma-
neat, caveatque fructuarius, ſe eam finito uſufru-
ctu reſtituturum: quorum nihil in res conſumptibi-
les, hoc eſt, eas, quæ uſu ipſo conſumuntur & per-
eunt, cadere poſſe manifeſtum eſt: quippe cum ex
iis nulla utilitas percipi queat, niſi conſumantur, nec
conſumi res poſſit, niſi ab eo, cujus propria ſit.

Veſtimenta) Temere atque inconſiderate Tribonia-
nus inter res, quæ uſu conſumuntur, refert veſtimen-
ta: non enim quæ longiore uſu atteruntur & detritu
deteriora fiunt, uſu conſumi dicuntur: ſed quæ uten-
do protinus tolluntur & delentur, quarumque non niſi
in abuſu uſus eſt: alioqui eadem ratione dicendum eſ-
ſet mobilia fere omnia atque utenſilia, præſertim lin-
tea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero ha-
benda, atque ut veſtimentorum, ita & harum rerum
non verum, ſed quaſi uſumfructum eſſe, quod nemo
dixerit: neque Ulp. *l.* 1. *hoc tit. de uſufr. ear. rer. quæ
uſ. conſ.* cum ait, earum rerum quaſi uſumfructum eſ-
ſe, quæ uſu tolluntur, vel minuuntur, intelligit res,
quæ uſu deteriores fiunt, ſed quæ per partes conſu-
muntur, veluti ſi cui uſusfructus aliquot modiorum
frumenti legatus ſit. Illud utique certum eſt, veſtes 2
non eſſe ex earum rerum numero, quæ in genere ſuo
functionem recipiunt, quarumve datione in creditum
ire poſſumus. Atqui non magis poteſt extra eas res
eſſe quaſi uſusfructus, quam mutuum. Denique ve-
ſtimenta in rebus, quæ uſu delentur, numeranda non
eſſe: verumque eorum uſum arguit, quod alteri com-
modari & locari poſſunt, quod ſecus eſt in iis, quæ
ipſo uſu tolluntur, §. *pen. inſ. de locat.* junct. *l.* 3. *com-
mod. in fin.* Dicendum igitur omnino eſt, ut manci-
piorum, jumentorum, ſupellectilis, aliarumque re-
rum mobilium, licet uſu atterantur, verus eſt & na-
turalis uſusfructus, ita & veſtimentorum eſſe. Eapro-
pter uſufructu veſtimentorum legato, non dabuntur
eo legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea conſume-
re, iiſve abuti poſſit, uti ſit legato uſufructu rerum
fungibilium: ſed ut iis utatur, quomodo vir bonus
uteretur, *l.* 15. §. 4. *hoc tit.* quod veri uſusfructus
proprium eſſe oſtendit prima clauſula cautionis, quæ
in vero uſufructu deſideratur, *l.* 1. *uſufr. quem cav.* ne-
que ſatisdabit legatarius, ſe ejuſdem generis veſtes fi-
nito uſufructu reſtituturum aut earum æſtimationem,
ut ſit in uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumun-
tur; *l.* 7. *hoc tit.* ſed rem ipſam & ſpeciem, quam ac-
cepit,

cepit, *l. 9. §. pen. uſufr. qu. cav.* juxta alteram clauſulam cautionis in vero uſufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promiſſor rem reſtituat non deteriorem, quam erat tempore conſtituti uſusfructus: ſatis enim eſt, ſi dolo aut culpa ejus deterior facta non ſit: nulla vero culpa in eo eſt, qui utitur quod accepit, in eam rem, in quam accepit, ut, reſponſum eſt de re commodata deteriore reddita ſine culpa commodatarii: *l. 10. in pr. commod.* ideoque liberatur reſtituendo corpus quod ſupereſt, aut poſt uſum extat, unde & in propoſito formula cautionis non de re ipſa reſtituenda, ſed de eo, quod inde extabit, fere concipi ſolet, *l. 1. in pr. & §. ult. uſufr. quem. cav.* Sed etſi cautum ſit de re ipſa reſtituenda, idem tamen juris eſt; ut in hac ſpecie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, *d. l. 9. §. pen. uſufr. quem. cav.* quod cum animadverteret Cantiuncula, putavit, id neſcio qua ſpeciali ratione receptum eſſe in quaſi uſufructu veſtimentorum. Accurſius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno in *d. l. 15. §. 4. hoc tit.* altero ad *hunc §.* Illic ut ex verbis ejus colligitur, intereſſe exiſtimat, utrum veſtimentorum uſusfructus legatus ſit tanquam quantitatis, hoc eſt, æſtimatorum; an vero ſimpliciter, ut cujuſvis alterius corporis. Hoc caſu fatetur verum uſumfructum relictum eſſe: & reſtitutione ejus, quod finito uſu ſupereſt, legatarium liberari, per *d. l. 9. §. pen. uſufr. quem. cav.* illo autem caſu quaſi uſumfructum veſtium legatum videri, finitoque uſufructu reddendam eſſe æſtimationem: quod & Aretin. & Fab. ſequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc poſito, jam non tam veſtium, quam ipſius pretii quaſi uſusfructus erit, quod idcirco & ſolum reſtituendum, non veſtes ejuſdem generis: poteſtque hoc uſuvenire & in aliis rebus æſtimato utendis fruendis datis, haud abſimili ratione, qua ſpecies æſtimari, & in cauſam mutui converti poſſunt. *l. 11. ſi cert. pet. l. 8. C. eod. l. pro auro 25. C. de uſur.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipſe, unde diſtinctionem iſtam collegit Accurſius, mendoſus videtur, nempe *d. l. 15. §. 4. hoc tit.* neque enim dubito, quin verba illa, *non ſicut quantitatis uſusfructus legetur*, irreptitia ſint, & ab imperito aliquo gloſſatore profecta, volente gratificari Triboniano: nam & conſtructionem turbant, & perplexum efficiunt ſenſum. Quod miror ante Bachovium neminem obſervaſſe. Alterum, quod Accurſius ad defenſionem Triboniani comminiſcitur, eſt in explicatione hujus §. ubi duo genera veſtium facit, unum temporalium, alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc diſcrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus uſusfructus conſiſtat. Temporalium (de quibus ſolis hic Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas; perpetuarum, funebres & ſcenicas: quarum rarior uſus. Verum huic diſtinctioni palam repugnat *d. l. 15. §. 4.* & inter quotidianæ & ſcenicæ veſtis uſumfructum hoc tantum intereſſe eo loco & §. ſeq. docet Juriſconſultus, quod ſcenica a fructuario locari poſſit, quotidiana non item. Quamvis ſecundum Accurſii diſtinctionem judicatum tradat Theſſaur. *deciſ. 80. n. 1.* veſtium quotidianarum uſufructu legato, cavendum eſſe de reſtitutione veſtium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æſtimatione, ſi quid ad excuſandum Tribonianum vel quæſito colore afferri poteſt, illud unum eſt, quod Don. 10. *comm.* 4. exiſtimat, eum materiatum poſuiſſe pro materia μετωνυμικῶς veſtimenta pro lana, unde veſtimenta conficiuntur, vid. *l. pen. de uſufr. ear. rer.* Vinn. Sed hoc duriuſculum. Quis enim veſtimenta dixerit pro lana? Paullo probabilius conjiciunt, qui inter veſtimenta per modum quantitatis & per modum corporum legata, & in illis quaſi uſumfructum, in his verum eſſe arbitrantur: ſed tamen nec id facile concipitur, velle aliquem veſtimenta legare tanquam quantitatem. Erraverit itaque per nos Tribonianus. Hein.

Quibus proxima eſt pecunia numerata) Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio ſunt. *l. 5. l. pecuniæ 222. de verb. ſign.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantum deſignantur nummi, hoc eſt, æs, aurum aut argentum ſignatum, ſive publica forma percuſſum, ut jam non tam uſum dominiumque ex ſubſtantia præbeat, quam ex quantitate ſeu valore impoſititio, *l. 1. de contr. empt.* Auri autem vel argenti non ſignati, quin uſus eſſe ſine abuſu poſſit, veluti vaſorum aureorum vel argenteorum, non eſt dubitandum, *l. ult. uſufr. quem cav.* Quin & numiſmatum veterum aureorum vel argenteorum, quibus pro gemmis ad ornatum uti ſolent, uſusfructus recte legatur, *l. numiſmatum 28. hoc tit.* Vinn. Plura de his numiſmatibus dixit V. C. Ger. Noodt. *Obſ.* 1. 5. Videntur veteres aliquando numiſmatibus pro gemmis uſos in ornandis pueris, & puellis infantibus: quale quid etiamnum in Germania fieri novimus. Hein.

Quodammodo extinguitur) Recte *quodammodo*: non enim ut vinum, oleum, frumentum, utendo, ita pecunia permutando abſumitur, & revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maxime cum re permutemus, ſolvamus, donemus alii; ſemper tamen manent ipſa corpora nummorum, nec uſu delentur. At ſi ſpectamus eum, qui pecunia utitur alienando & expendendo, vi ipſa illi eo uſu conſumitur & perit. Tam enim eo caſu dominus ac poſſeſſor eſſe deſinit, quam ſi conſumpſiſſet. Inter res, quæ uſu conſumuntur, numerandæ etiam, quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca, & odores, *l. pen. de uſ. ear. rer.* item quarum ita uſus eſt ad res alias conficiendas, ut niſi mutatæ ad eas res conferantur, ipſæ per ſe prope ſint inutiles: qualis eſt lana, qua ad veſtimenta & ſtragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res ſi confertur, ipſo uſu eam perire neceſſe eſt: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. ſed ſi meis 26. de acq. rer. dom.*

Utilitatis cauſa Senatus cenſuit) *l. 1. & 2. de uſ. ear. rer.* Quod latior eſſet morientium voluntas, effectum eſt Senatuſconſulto, ut earum quoque rerum, quæ uſu conſumuntur, quaſi quidam uſusfructus conſtitui poſſit, utque illi, qui nollent hujuſmodi res pleno & perpetuo jure eſſe legatarii, uſufructu earum legato id conſequerentur. In quo conſtituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis reſpexerit, ut appareat ex eo, quod tantum legati harum rerum uſusfructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. l. uſufructu 69. ad leg. Falc.* item apud Ulp. *tit. de legat. §. Senatus*

25. nuſquam aliter conſtitui, non ſine cauſa Hotom. & Weſ. cum Connan. IV. *com.* 3. exiſtimant, conventione inter vivos non idem effici poſſe. Quanquam ſemel admiſſo & recepto in legatis harum rerum uſufructu, nihil admodum video, quod obſtet, quominus id jus produci poſſit ad conventiones. Plane publica auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur. Vinn. Ignota eſt hujus SC. ætas & hiſtoria. Quum vero libera adhuc republica id jus ignoraretur: Cic. *Topic. cap.* III. & tamen a Maſurio Sabino ejus fiat mentio: *l.* 5. §. 1. *ff de uſufr. ear. rerum, qua uſu conſ.* SC. hoc tempore Auguſti vel Tiberii conditum eſſe, haud abs re conjecit Doctiſſimus Schulting. ad Ulp. *tit.* 24. §. 27. *p.* 658. *ſeq.* Hein.

Heredi utiliter cavetur) Datis ſcilicet fidejuſſoribus: nam & hæc cautio ſatiſdatio eſt, ut in vero uſufructu, *l.* 8. *l.* 9. & 10. *eod. l.* 7. §. 1. *uſufr. quem caveat.* & bis hoc eodem in loco fit mentio ſatiſdationis. Remedio igitur cautionis introducto cœpit hic quaſi uſusfructus haberi, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* ſive ut ait Juſtinian. in calce *hujus* §. Senatus per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit, imaginem ſcilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas eſſe, apud alium uſusfructus quodammodo videri poſſit. Nam licet hæ res ita dentur legatario, ut ejus fiant conſumendi cauſa: tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem ſuccedit, videntur adhuc alienæ; & legatarius uſumfructum duntaxat earum habere, propterea quod finito uſu eandem quantitatem, quam accepit, reſtituere debet. Eſt autem hæc cautio non minus neceſſaria in hoc uſufructu, quam alia illa in vero; neque magis, quam illa, teſtamento remitti poteſt, *l.* 1. *C. de uſufr. l.* 6. *ut in poſſ. leg.* Illud quæſitum, an
4 cautio hæc ſit de ſubſtantia hujus uſusfructus? Et ſiquidem hoc quæratur, an neceſſario præſtanda ſit, antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi poſſit, res expedita eſt. Nam & in vero uſufructu non ante res ipſa aut fructus transferuntur, quam præſtita cautione illius uſusfructus propria, *l.* 13. *de uſufr. l.* 4. *Cod. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omiſſa ſtipulatio condici poteſt, *l.* 7. *uſufr. quem cav.* Sin vero hoc, an forma quaſi uſusfructus in cautione conſiſtat, abſurda eſt & inepta quæſtio: cum non magis cautio, quæ in hoc quaſi uſufructu loco proprietatis eſt, forma hujus uſusfructus dici poſſit, quam proprietas veri & naturalis. Sed illud fortaſſe quæritur, an non quemadmodum verus uſusfructus nullus eſt ſine proprietate, quæ ei ex adverſo opponatur, ita nec quaſi uſusfructus intelligi poſſit ſine cautione, quæ vicem proprietatis ſubeat. Et certum eſt, nec quaſi uſumfructum intelligi poſſe, niſi ſit aliquid quod repræſentet proprietatem; quod etiam facit cautio, ubi ea præſtita eſt: ceterum ea ab hærede omiſſa, nihilominus uſusfructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem & finito uſufructu condicendi quantitatem loco proprietatis poteſtate Senatusconſulti habebitur, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* ut ne eo quidem ſenſu cautio omnimodo neceſſaria ſit, aut de ſubſtantia quaſi uſusfructus. Hoc poſito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab hærede remitti poſſit, & fructuarium ſine vitio poſſidentem, etiam ante cautionem præſtitam, commodum rei ſequi debeat, ut juris eſt in vero uſufructu: accurate Pinel. ad *l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 2. *num.* 77. & *ſeqq.* Caſtill. *tract. de uſufruct. cap.* 15. & 16. Plane eatenus de ſubſtantia quaſi uſusfructus cautio eſſe dici poteſt, quatenus conſideratur, ut per eam primum a Senatu introductus & conſtitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconſulto fuiſſe, ut omnium rerum, quæ in bonis ſunt, uſusfructus legari poſſit, *l.* 1. *l.* 3. *hoc tit. l.* 1. *de uſufr. leg. l. uſufructu* 69. *ad leg. Falc.* atque ex eo tempore uſufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum, quæ uſu conſumuntur, uſumfructum legato contineri intelligi cœpiſſe, *argum. l. uxori meæ* 37. *de uſufr. leg. l.* 1. *Cod. de uſufr.* cum ante id Senatusconſultum alio jure Romani uterentur, ut conſtat ex loco M. Ciceronis *in Top. cap.* 3. ubi ſcribit: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad ſe pertinere. Uſus enim,* inquit, *non abuſus, relictus eſt.* add. Alciat. *lib.* VII. *parerg. cap.* 2. Mant. *de conj. ult. volunt. lib.* IX. *tit.* 6. *in pr.* Caſtill. *dict. tract. cap.* 38. *num.* 10. & 11. Menoch. *lib.* IV. *de præſumpt.* 142. *num.* 14. Plane ſi rerum mobilium duntaxat uſusfructus relictus ſit, res fungibiles legato non contineri verius eſt, Caſtill. *dict. loc.*

De tanta pecunia reſtituenda, ſi morietur aut capite minuetur) Cautio quaſi fructuaria duas partes habet, 5
quarum una eſt de reſtitutione, altera de reſtitutionis modo. Quippe clauſula cautionis fructuariæ, de utendo boni viri arbitratu, ad quaſi uſumfructum non pertinet, ut recte Caſtill. *d. tr. de uſufr. cap.* 15. *num.* 13. & 31. contra communem. Ad reſtitutionem quod attinet, promittit fructuarius, ſe reſtituturum non eadem corpora, quæ accepit, quod conſumptis iis fieri non poteſt: ſed tantundem, ſive pecuniæ uſusfructus relictus ſit, ſive vini, olei, frumenti, aut ſimilium rerum. Ceterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere poſſet, commodius eſt in vino & rebus ſimilibus, eas res dari fructuario æſtimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l.* 7. *hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Juſtinianus, *His rebus æſtimatis ſatisdari.* Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut in his rebus velut quidam uſusfructus haberi incipiat. Nam quod res reſtitui debet, videtur aliena; & quod tantundem, videtur reſtitui res ipſa. Sunt enim hæ res ejus naturæ: ut in genere ſuo functionem recipiant, hoc eſt, idem inter ſe mutuo præſtent, dum idem genus redditur, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynſ. qui putat, caſus fortuitos, & rei periculum: tam in quaſi uſufructu, quam in vero, ad proprietarium pertinere: in quo errore & Bald. fuit. Quomodo enim liberabitur fructuarius peremptis rebus, quas non debuit? promiſit alias ejuſdem generis, aut æſtimationem: promiſit incertas, res incertæ perire non poſſunt. Sed & ipſa rerum proprietas in quaſi uſufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuo datis, quarum periculum præſtat qui accepit, §. 2. *infr. quib. mod. re cont. obligat.* Pars altera hujus cautionis eſt conditio reſtitutionis, quæ hunc uſumfructum etiam a mutuo ſeparat. Ea hæc eſt; *Si uſufructu utens morietur aut capite minuetur.* Soli enim hi duo caſus interpo-

nun-

auntur, mortis & capitis deminutionis: quoniam rerum, quæ uſu conſumuntur, uſus aliter amitti non poteſt, *l.9.hoc tit.l.7.§.1. uſufr. quem cav.* Nam cum harum rerum proprietas in fructuarium tranſeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu ſuo iis utatur, & non eaſdem, quas accepit, ſed alias ejuſdem qualitatis reſtituat, non poteſt hic non utendo, interitu, aut mutatione rerum uſusfructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam duntaxat: nam jus vetus, quo uſusfructus omnis etiam minima capitis deminutione peribat, in hac quoque ſpecie mutatum eſſe a Juſtiniano, non eſt ambigendum, *l. pen. §. ult. C. hoc tit. de uſufr.*

Textus.

Quibus modis finitur.

3. *Finitur autem uſusfructus morte uſufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia noſtra ſtatuit conſtitutio. Item finitur uſusfructus, ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur,) vel ex contrario, ſi uſufructuarius proprietatem rei acquiſierit: quæ res conſolidatio appellatur. Eo amplius conſtat, ſi ædes incendio conſumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio ſuo corruerint: extingui uſumfructum, & ne areæ quidem uſufructum deberi.*

Notæ.

3. *Cedendo extraneo nihil agitur)* Scil. in perſona extranei, & reſpectu intentionis cedentis. Ceterum nihilominus uſusfructus ad proprietatem recurrit, *l. 66. D. de jur. dot.* quod plenius probamus in *Comment.*

Conſolidatio) *l.3.§ ult.l.6.de uſufr. acc.* a ſolido jure ſolida proprietate *l.9.§.ult.de acq.pl.arc.l.26.ſub fin.de aſ. leg.* dicitur etiam confuſio *l. 4. uſ. quem. cav.*

Ne areæ quidem) l. 5. §. 2. quibus modis uſ. am. quia ædes amplius non ſunt, aut nominantur: & ex contrario ſi areæ fructuariæ domus impoſita ſit, uſusfructus interit, *d.l.5.§.3.* Similia habes *l.10. §. ult. l. ult. eod.* Aliud juris eſt, in legato ipſius rei: quippe legata proprietate nihil eſt in re legata aut ex ea, quod legato non contineatur, *l. 22. de leg. 1. §. 18. inf. de leg.* eademque ratio rei nexæ pignori, *l. 21. D. de pig. act.*

Commentarius.

1. *An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri uſusfructus perierit?*
2. *Amitti poſſe uſumfructum non utendo per modum utendi conſtitutum, & quis non uti intelligatur?*
3. *Quanto tempore non utendo uſusfructus amittatur?*
4. *Uſumfructum extraneo ceſſum ad proprietatem ſtatim reverti, contra Weſ. Pinell. & alios.*
5. *Quando mutatione rei fructuariæ interior ſpecies mutata aut non mutata intelligatur?*
6. *Cur placeat, uſumfructum aliquando mutatione rei extingui, etiam in partibus, quæ mutato toto ſuperſunt: in cetero autem jure, qualiſcunque mutatio inciderit, ſi quid adhuc reſtet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere?*

Quid ſit uſusfructus, quibus modis conſtituatur, quæ res uſumfructum recipiant, intellectum eſt, reſtat ultimum, ut videamus, quibus modis finiatur. De vero uſufructu hoc nunc quæritur. Et in univerſum finitur tribus ex cauſis. Aut ſoluto jure auctoris, veluti ſi in uſumfructum ſub conditione legatum hæres interim alteri conſtituerit, & conditio extiterit, *l. ſi ſub conditione 16. quib.mod. uſ. am.* quod & in reliquo jure a domino conſtituto ſimiliter accidit, *l. lex vectigali 31. de pign.* Aut lege conſtitutionis, veluti ſi uſufructu ad conditionem vel ad diem conſtituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *l.4.de uſufr.l.un.§.ult.quand.dies uſ.leg.ced. l.5. l. 12.Cod.de uſufr.* Aut natura ſua, idque vel ex perſona fructuarii, vel ex conjunctione uſusfructus cum proprietate, vel ex re ipſa, ut ex ſubjectis apparebit. Vinn. Si accuratius loqui velis; dicendum erit, aliud eſſe uſumfructum finiri, aliud, eundem amitti. *Finitur* enim ita, ut repeti non poſſit: *amittitur*, ut repeti poſſit. Paull. *Recept. Sent. lib.*III *tit.*6.§.28.*ſequ. Finitur* itaque morte & tempore. *Amittitur* capitis minutione, rei mutatione, non uſu, in jure ceſſione dominii comparatione. Sed hoc diſcrimen negligunt Pandectæ. Hein.

Morte fructuarii) Ex perſona fructuarii triplici modo uſusfructus finitur. Primum morte ejus, ſicut jura omnia, quæ perſonæ cohærent, cum perſona extinguuntur. *l.3. in fin.hoc tit.l.3.C.de uſufruct.l.8.§.3.de lib. leg.l.quia tale 13. ſol.matr.* In ſervo mors domini; in filio ſuperſtite poſt obitum patris, ipſius filii; ante mortuo, ipſius patris ſpectatur, quaſi duplici uſufructu conſtituto, *l.ult.C.de uſufr.* Civitati aut municipibus uſumfructum relictum placet centum annos durare; quia is finis vitæ eſt hominis longævi. *l.an uſusfructus 56.de uſufr.l.8.de uſufr.leg.* Enimvero ſi interim civitas everſa ſit, aut aratrum paſſa, quaſi morte uſumfructum habere deſinit, *l.ſi uſufruct.21. hoc tit.* Adeo autem morte finitur uſusfructus, ut licet qualicunque alia ratione amiſſus repeti poſſit, morte tamen non poſſit, niſi forte hæredibus legetur, *l.5.in pr eod.* quo facto non tam reperitur, quam novus conſtituitur in perſona hæredum. Nec tamen ſi ita legatus ſit, ad ſecundos ſucceſſores pertinebit, ſed primis defunctis finietur. Nam in re ſui natura non tranſitoria ad hæredes, hæredis appellatio ſolum primum hæredem, non ulteriores continet, ut notant *interpp.ad l.hæredis 65. de verb.ſign.* Ceterum male Cantiunc. Mynſ. Schneid. & Goed. ad *d.l.65.n.7.* putant, eandem hanc ſpeciem tractari in *l.antiquitas* 1[illegible] *C. de uſufr.* cum nulla ibi quæſtio ſit de hærede legatarii, ſed teſtatoris: legatario enim non uſusfructus, ſed proprietas legata proponitur, ſicut Gloſſa & D. Gothofr. caſum formant: quamvis ratio decidendi eadem ſit, & in utraque ſpecie tam manifeſta, ut Juſtinianus haud facile mihi

perſuaſerit, veterum quemquam hic hæſitaſſe. VINN. Omnino hæc hæſitarunt veteres: nec probabile eſt, Juſtinianum doctrinas liquidas voluiſſe decidere, id eſt, cum larvis pugnari. Erant enim, qui utile putabant legatum fundi, cujus uſumfructum vellet teſtator apud hæredem manere. Ita ſane ſenſiſſe videtur Cajus *l.6. ff. de uſufr.* & Julianus *l.4. ff. ſi uſusfr. petet.* Qui quum fuerint Sabiniani, probabile eſt in alia omnia itum eſſe a Proculianis. Rem ita decidit Juſtinianus, ut legatum hujuſmodi ſit utile, & uſusfructus morte hæredis finiatur. Conf. Merill. ad *deciſ. Juſtin.* XVI. *p.* 308. HEIN.

Capitis deminutione maxima & media) Hic alter modus eſt, quo finitur uſusfructus ex perſona fructuarii, & finitimus præcedenti: ſiquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. verum 63. §. ult. pro ſoc. l. 1. §. pen. de bon. poſſ. cont. tab. l. antep. de reg. jur. §. 1. & 3. ſup. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* cui conſequens eſt, non magis uſumfructum his modis amiſſum repeti poſſe, quam amiſſum morte naturali. Olim etiam amittebatur uſusfructus capitis deminutione minima, adrogatione ſcilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teſte Paulo III. *ſent.* 6. *§. capitis.* & Juſtiniano *l. pen. §. ult. C. de uſufr.* Atque ad hanc ſpeciem tantum referri poteſt, quod de repetitione uſusfructus capitis deminutione amiſſi legimus cum alibi, tum præſertim *l. 3. hoc tit.* in quo fallitur D. Connan. IV. *comm. 6.* Cur autem veteribus placuerit etiam ea capitis minutione, quæ ſalva civitate contingit, uſumfructum amitti, ratio non tam obſcura eſt, ut pleriſque videtur, utique in adrogatione obvia. Nam cum omnia, quæ ſunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris veteris acquirantur adrogatori, *l. ſi paterfam. 15. de adopt. l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* neceſſe eſt, ut uſusfructus, qui in perſona adrogati amplius conſiſtere nequit, vel ſimul in adrogatorem transferatur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio juris non patitur: ſupereſt ergo, ut redeat ad proprietatem: quod & Juſtinianus indicat, *§. 1. inf. de acq. per. adrog.* De adoptione & emancipatione idem dici non poteſt. Unde Bachovius exiſtimat jus illud vetus pertinuiſſe duntaxat ad adrogationem. Sed tamen Paulus *d. loc.* expreſſe teſtatur, etiam de adoptione, & de ea quidem in ſpecie, quæ adrogationi opponitur. Ait enim, *Si ex adrogatione vel adoptione ſtatum mutaverit.* Et Juſtinianus *d. l. pen.* etiam de emancipatione: & alioqui fruſtra dubitatum fuiſſet, an emancipatione filii uſusfructus per eum patri quæſitus extingueretur, *l. ult. C. eod.* Verum enimvero cum ex conſtitutione juris antiqui filiusfam. nihil proprium haberet, præter caſtrenſe peculium, non potuit extra cauſam illius peculii de uſufructu, quem filius ipſe haberet, amittendo diſputari. Solum potuit tunc, cum ex peculio caſtrenſi uſumfructum ſibi comparaſſet: nam empta ex peculio caſtrenſi conditionem illius peculii ſequuntur, *l. 1. C. de caſtr. pec. lib. 12.* cujuſmodi etiam ſpeciem proponit Juſtinianus *d. l. pen.* & ait, uſumfructum ex ea cauſa filio quæſitum per emancipationem, ex definitione juris veteris periiſſe: quod haud dubie in adoptione quoque obtinuit, cum plane eadem ſit utriuſque in propoſito ratio. Non enim alia de cauſa uſusfructus his modis intercidit, quam quia fructuarius, mutata familia & priore ſtatu perſonæ, alius eſſe credebatur ab eo, qui ante fuerat, redactus etiam antea in imaginariam ſervilem cauſam, *l. 3. §. 1. de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* An vero uſusfructus ſic juris ſubtilitate extinctus, ex edicto de capite minutis reſtituendus fuerit, ſicut pleræque obligationes eodem modo amiſſæ reſtituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius: etenim neque jura omnia capitis deminutione amiſſa reſtituebantur, veluti tutelæ hæreditates legitimæ: & obligationes ideo prætor reſtituebat, ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum iniqua conditio inferretur. Emancipatus vero aut datus in adoptionem de facto alieno queri non poſſunt: eſt enim quod ſibi imputent, quod ſcilicet paſſi ſint ſe emancipari aut in adoptionem dari, cum id pati non cogerentur, *l. 5. de adopt. l. pen. C. de emanc. lib.* Paul. II. *ſent. 25.* Quocunque modo ſe res habet, conſtat, Juſtinianum jus vetus, quo uſusfructus capitis minutione amittebatur, aboleviſſe quantum attinet ad eam, quæ ſalva civitate contingit, *d. l. pen. §. ult.* & voluiſſe uſumfructum etiam ſimpliciter filio relictum mortuo patre, etiam poſt emancipationem filii, in perſona filii durare. *l. ult. C. eod.* Enimvero ita demum amittebatur capitis deminutione uſusfructus, ſi jam conſtitutus erat: ceterum ſi ante aditam hæreditatem aut ante diem uſusfructus cedentem quis capite minutus fuerat, non amittebatur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Item ſi unus uſusfructus relictus erat, non ſi plures: veluti ſi uſusfructus legatus fuiſſet in ſingulos annos, vel menſes, vel dies. Hic enim quia commemoratio temporum repetitionis poteſtatem habet, *l. 2. §. 1. eod.* placebat, per ſingula tempora adjecta diem cedere, & illius anni, menſis, diei uſumfructum amitti, qui jam proceſſerat, *d. l. 1. §. ult.* quarum rerum evidens jure veteri effectus fuit. Ex his, quæ dicta ſunt, manifeſtum eſt, Tribonianum interpolaſſe, *l. 1. de uſufr. leg.* & verba illa, *ex magna cauſa*, quæ in calce ſunt, reſponſo Juriſconſulti aſſuiſſe. Ruffard. *in not. ad d. l. 1.* Cujac. *hic* Caſtill. *tract. de uſufruct. cap. 66. num. 16.*

Non utendo per modum) Poſtremo finitur uſusfructus ex perſona fructuarii non utendo: & ſiquidem omnino non uſus eſt, nullum dubium eſt quin pereat uſusfructus: ſed quæritur, an & non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utendi in conſtituendo uſufructu præſtitui poſſit, ad quem ſi non utatur fructuarius, uſumfructum amittat. Negat id Bachovius, erroris Tribonianum inſimulans. At ego non video, cur non poſſit. Nam ſi, verbi cauſa, Titio legaverim uſumfructum ædium eo modo præſcripto, ut æſtate habitaret, iſque habitaverit hieme; vel ſi ſilvæ uſumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo ſilvam cæderet, & ceciderit alio tempore & modo: per *l. 2. de aq. cott. l. 10. §. 1. & ſeq. l. 18. quem ſerv. am.* non videbitur uſus, qui ad ſuum modum, τῷ τρόπῳ ὡρισμένῳ, uſus non eſt. Non uti autem intelligitur, qui neque per ſe utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus uſumfructum vendidit, locavit, gratis conceſſit, *l. non utitur 38. de uſufruct.* Quid vero ſi nec iſti utantur? & intereſt, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo caſu uſusfructus perit, hoc retine-

netur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re, *d.l. non utitur* 38. *&* 2. *ſeqq.* Poteſt vero uſusfructus & pro parte non utendo amitti, *l.* 5. *d. tit. l. excepta* 14. *l. placet* 25. *hoc tit. quib. mod. uſ. am.* & eum quoque, qui uſumfructum habet, ſi uſus tantum ſit, non etiam fruitus, placet uſumfructum amittere. Ceterum hoc ita, ſi ignorabat ſe uſumfructum habere, non ſi ſciebat, *l. is qui* 20. *eodem.* Vinn. Nec Bachovio jus fuiſſe videtur, erroris hic inſimulare Tribonianum, nec auctori noſtro ratio tradendi, uſumfructum non utendo ad certum modum amitti. Id enim nuſquam docent jura noſtra; nec hic docere videtur Tribonianus. Nam ſane (1.) *uti per modum* Latinis non eſt uti ad certum modum, ſecundum legem uſufructuario præſcriptam. Et (2.) Imperator hic ſe refert ad Conſtitutionem ſuam, puta ad *l.* 16. *C. de uſufr.* ubi tamen nihil de hoc modo amittendi uſumfructum. Accedit (3.), quod non opus ſit uſufructu privari eos, qui jure ſuo abutuntur, quum cautio uſufructuaria tunc committatur, eoque ipſo ſatis conſultum ſit proprietario. Vidit hoc Vir eximius Ger. Noodt *de Uſufr. lib.* 11. *cap.* 9. ubi verba *non utendo per modum & tempus* explicat per figuram ἓν διὰ δυοῖν, ut ſenſus ſit, amitti uſumfructum, ſi quis non uſus ſit per modum temporis a Juſtiniano conſtituti. Aſt exiſtimo claram rem eſſe ex *d. l.* 16. *C. de uſufr.* ubi Juſtinianus ſanxit, ut uſusfructus exſpiraret præſcriptione x. vel xx. annorum: En tempus! Quia autem præſcriptio nulla eſt, niſi adſit continua poſſeſſio: facile patet, uſufructuarium non utendo non amittere jus ſuum, niſi alter rem continuo & quiete poſſederit. Ergo non uſus poſſidentis non nocet, ſed talem eſſe oportet in uſum, qui cum poſſeſſione non ſit conjunctus. En modum! Ita nos: quam recte, alii viderint. Hein.

3 *Et tempus*) Quod diximus, non utendo finiri uſumfructum, id ita eſt, ſi fructuarius uſus non ſit per tempus conſtitutum, intra quod ſi quis uſus non ſit, placeat uſumfructum amitti. Id tempus cum olim brevius eſſet, Juſtinianus revocavit ad ea ſpatia, quæ ipſe præfinivit uſucapionibus; *l. corruptionem* 16. *pen.* §. 1. *C. hoc tit. de uſufruct.* Igitur rei mobilis uſusfructus amittetur non utendo per triennium; rei immobilis per decem annos inter præſentes, per viginti inter abſentes, *arg. l. un. C. de uſuc. transform. & infr. de uſuc. in pr.* Atque hæc ſane temporum diſtinctio optime convenit tum rationi juris, tum ſententiæ quoque ipſius Juſtiniani in *d. l. pen.* §. 1. Ceterum ſecum ipſe pugnare videtur, dum in *l. pen. C. de ſervit.* conſtituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis uſusfructus non utendo amittatur: & tamen quod ſubjicit de ſervitutibus prædiorum ſimiliter non utendo amittendis, quia tantummodo ſoli rebus annexæ ſint, hoc iis tantum commune eſt cum uſufructu rerum immobilium; & ita dicitur, quaſi in amittendo uſufructu pro diverſitate rerum tempora ante diſtinxiſſet.

Si domino proprietatis cedatur) Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii uſumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiſcitur, ea res in ſpecie a Juſtiniano conſolidatio dicitur. In genere autem quævis uſusfructus cum proprietate conjunctio ſive confuſio conſolidatio eſt. Nam & morte fructuarii & capitis deminutione & non utendo conſolidatur uſusfructus cum proprietate, *l.* 3. *in fin. de uſufr. accreſc.* §. *ſeq. eod.* Eſt autem hæc ſpecies amiſſionis & ipſa ex natura uſusfructus. Nam cum in una & eadem perſona proprietas & uſusfructus concurrunt, ſolidam unus proprietatem nanciſcitur, neque amplius jus utendi fruendi ſeparatum intelligi poteſt, hoc eſt uſusfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedendo extraneo nihil agitur) Cedendo ſcilicet in jure: nam extra jus, etſi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere aut jus aliquod alteri conſtituere, etiam fructuarium legimus poſſe ita jus ſuum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui: *l. uſufructu* 57. *ſol. matrim.* & eum, cui habitatio legata eſt, poſſe eam alteri cedere, hoc eſt, locare, aut vendere, *l. cum antiquitas* 13. *C. de uſufr.* Diverſi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, Weſemb. *par. hoc tit.* Pinel. *l.* 1. *C. de bonis matern. p.* 3. *num.* 39. Joan. del Caſtill. *tract. de uſufr. cap.* 69. *num.* 20. *& ſeq.* Bronch. 1. *aſſ.* 91. ſic accipiunt, quaſi dixiſſet Imp. cedendo extraneo uſusfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum tranſit, nulli ea ceſſio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verum ego exiſtimo, quod 4
& frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum eſſe ad intentionem cedentis & diverſum exitum ceſſionis, quia uſusfructus in extraneum, cui ceſſus eſt, non tranſit, ſive quia per ceſſionem extraneo factam non finitur tranſeundo, ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur atque ad proprietatem redeat, cum a perſona diſcedere ſine interitu ſuo non poſſit, *l. vel ſi* 15. *fam. erc.* Atque ita in terminis diſerte reſponſum eſt a Pomponio, *l. ſi uſusfructus* 66. *de jur. dot.* Quæritur eo loco, qua ratione uſusfructus in dotem marito datus a domino proprietatis ſoluto matrimonio mulieri ſine fraude ipſius reddi poſſit: & ait Jureconſultus, a fructuario cedi non poſſe niſi domino proprietatis; &, ſi extraneo cedatur, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum. Quia igitur in propoſito ceſſio mulieri damnoſa foret recurrente uſufructu ad proprietatem, hoc conſilii Jureconſultus dat, ut uſusfructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo: ita fore, ut ipſo jure penes maritum remanente facultatem fructuum percipiendorum mulier conſequatur. Hoc reſponſum non ſatis penſiculate examinaſſe videntur auctores paulo ante memorati, dum negant ex eo effici, quod nos dicimus, uſumfructum ſtatim ut ceſſus eſt extraneo, ad proprietatem rediiſſe, ſed hoc ſaltem, rediturum ſuo tempore, ſcilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum eſt, remedio, quod Jureconſultus ſuggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipſum penes maritum remanere, certum argumentum eſt eo omiſſo non remanere. Poſtremo ſi non ſtatim poſt ceſſionem cum proprietate uſusfructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, conſequeturque mulier id ipſum, quod quærebatur, & quo ni-

nihil amplius deſiderare poteſt, perceptionem fru-
ctuum uſque dum morte mariti uſusfructus finiatur.
Quorſum igitur conſilium Jureconſulti? Aut cur ne-
gat in propoſito quicquam tranſire? Non eſt con-
trarium, quod fructuarius jus ſuum cuivis extraneo
vendere aut gratis etiam concedere poteſt, §. 1. *inf.*
tit. pen. *l. 12. §. 2. l. non utitur 38. de uſufr.* Nam
qui vendit uſumfructum aut alteri concedit, non
hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod
habet, a ſe dimittat & transferat in alium, ſed ut
retento jure, quod ex conſtitutione perſonæ ejus in-
hæret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad
alium pertineat, quamdiu jus illud in perſona ſua
durabit. Quod & ipſum etiam tunc obtinet, cum
uſusfructus venditus eſt domino proprietatis, *l. Pom-*
ponius 39. §. 1. hoc tit. quib. mod. uſ. am. indeque
eſt, quod finiri dicitur uſusfructus, non ſi vendatur
proprietario, ſed ſi cedatur. Quod neſcio an quis
alius animadvertit. Ceſſio autem vetus eſt & pro-
prium alienationis genus, quæ fiebat in jure ad præ-
torem, quaque id agebatur, ut a cedente jus omne
quod habebat, penitus abiret & transferretur in eum,
cui cedebatur. Cujus meminit Cic. *in Top.* & Boet.
ibid. item Ulp. *in fragm. tit. 11. & 19.* Paul. v. *ſen-*
tent. 6. Igitur in propoſito diſcedente per ceſſionem
a perſona cedentis fructuarii omni jure, quod ante
habebat, duorum alterum evenire neceſſe eſt, ut
aut in eum, cui ceſſus eſt, uſusfructus tranſeat, &
novus conſtituatur fructuarius; aut revertatur ad do-
minum proprietatis: illud ut fiat, ratio juris non ſi-
nit: relinquitur ergo alterum, ut uſusfructus ad pro-
prietatem recurrat, & conſolidatione finiatur. Simi-
lia ſunt, quæ de tutela & hæreditate ceſſa notat Ulp.
d. tit. 11. §. 6. & d. tit. 19. §. 13. Non adeo magni
momenti ſunt, quæ porro huic ſententiæ objiciun-
tur; veluti quod ea, quæ perſonæ cohærent, facto
ejus mutari non poſſunt, *l. ea quidem 5. C. ſi manc.*
ita fuerit alien. Nihil enim minus hic verum eſt;
alioqui ne ipſi quidem domino uſusfructus cedi poſ-
ſet. Item quod non præſtent impedimentum, quæ de
jure non ſortiuntur effectum, *c. non præſtat de reg.*
jur. in 6. ſiquidem novum non eſt, ut quæ de jure non
ſortiuntur effectum quod aliis noceat, noceant ta-
men ei, qui fecit, *l. 3. qui & a quib. man. pr. ſup.*
quib. ex cauſ. man. junct. *l. 5. C. de ſerv. pign. dat. man.*
§. ult. inf. de donat. l. heres 28. qui & a quib. man. junct.
l. ſi quis inquilinos 112. §. 1. de legat. 1. l. actione 65. §. 3.
pro ſoc. ſufficitque ad hoc, peccatum eſſe ignoran-
tia juris, licet delictum proprie non verſetur, *ar-*
gum. l. regula 9. in pr. & §. ſi quis 5. de jur. & fact.
ign. l. cum quis 10. C. de jur. & fact. ign. l. error 9. C. ad
leg. Falc. & paſſim alias. Quæ non valent ut fiunt,
puniuntur, quia non fiunt, uti oportet, *tit. de his*
quæ ut indign. auf. tit. de jur. fiſci & ſimilib. In ſumma,
non eſt novum ut quod de jure non ſortitur effe-
ctum ratione unius, ut ei proſit, ſortiatur tamen
reſpectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *l. pla-*
ne 34. pr. de legat. 1. l. licet 20. l. legatum 24. §.
1. de adim. leg. ſicut nec illud ut, qui male agit,
nihil agere dicatur, *pr. Inſt. quib. ex cauſ. man.*
junct. *l. 5. C. de ſerv. pign. dat. man. l. 13. de do-*
nat. junct. *l. 37. §. ult. de acq. rer. dom.*

Ne area quidem uſumfructum deberi) Supervacuum
foret monere, ſublata re fructuaria uſumfructum ex-
tingui, ſi nihil aliud eo ſignificaretur, quam finiri
uſumfructum interitu totius rei. Sed ſciendum eſt,
hoc etiam pertinere ad eas res, quarum ſpecies inte-
rior & forma mutatur, licet poſt mutationem ple-
ræque partes maneant, quæ erant ejuſdem corporis,
in quo uſusfructus conſiſtebat, nam & hic quia res
deſinit eſſe, quod prius fuerat, perinde uſusfructus
extinguitur, ac ſi ea in totum ſublata eſſet, nullaque
ejus pars amplius in rerum natura exiſteret. Quod
multis rerum exemplis declaratur, *l. 5. §. pen. & ult.*
& porro uſque ad *l. 13. item l. pen. & ult. hoc tit. l. qui*
uſumfructum 36. de uſufr. Ceterum etſi magna muta-
tio in re facta ſit, ſi tamen ea priorem rei ſpeciem
non prorſus tollat, placet uſumfructum manere, *l.*
8. & 2. ſeqq. hoc tit. l. ſi cui 53. de uſufruct. Hoc igitur 5
videndum, quando mutatione rei facta forma ſeu
ſpecies prior mutata intelligi debeat. Et de eo ſta-
tuendam ex mutatione nominis, tenendaque gene-
ralis hæc notio; Si talis mutatio inciderit, ut res
propterea in aliud nomen tranſeat, prius amittat,
formam etiam rei mutatam cenſeri, & uſumfructum
interire: ſin poſt mutationem vetus nomen maneat,
non videri ſpeciem mutatam, atque uſumfructum
retineri. Non ſane quia nomen quidquam pertineat
ad ſubſtantiam rei, ſed quia ex nomine, ut ex po-
ſteriori, quale quidque ſit, intelligitur: a forma enim
res nomen accipit, eaque mutata iterum amittit;
indeque eſt, quod per nomina dicimur cognoſcere
& dignoſcere rerum naturas, auctore Platone *in Cra-*
tyl. Ad priorem mutationis ſpeciem pertinet exem-
plum, quod hic & in *d. l. 5. §. pen.* affertur de ædi-
bus, quarum uſusfructus legatus erat, ſublatis: nam
ſublata ſuperficie, quia ædes amplius non ſunt aut
nominantur, forma rei mutata intelligitur; ideoque
nec areæ, quæ adhuc ſupereſt, licet pars ædium
fuerit, *l. domo 21. de pign. act. l. qui res 98. ſub fin. de*
ſolut. uſusfructus debetur. Ex contrario quoque, ſi
in area, cujus uſusfructus legatus eſt, domus poſita
ſit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus.
Et uſumfructum interire, *d. l. 5. §. ult.* Similiter ſi
quadrigæ uſufructu legato vel unus ex equis deceſ-
ſerit, vel gregis uſufructu legato numerus ovium ad
eam paucitatem redactus ſit, ut gregem non con-
ſtituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis uſus-
fructus extinguitur, *l. quid tamen 10. §. ult. l. ult. eod.*
Eandemque rationem habet, quod pecorum uſu-
fructu relicto, ſi quæ pecora moriantur, adeo per-
eat uſusfructus, ut nec carnis aut corii ſuperſit, *l.*
pen. quibus mod. uſ. am. Poſterioris generis exemplum
eſt, ſi fundi uſusfructus legatus ſit, & villa diruta:
nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantum acceſ-
ſio eſt, uſumfructum manere placet, *l. 8. l. 9. & d.*
l. 10. in pr. eod. Item ſi pars ædium, in quibus uſus-
fructus conſtitutus erat, licet maxima, corruerit, pars
tamen homogenea, quæ ſupereſt, ut nomen, ita &
uſumfructum retinet, etiam totius ſoli, *l. ſi cui 53.*
hoc tit. de uſufruct. Quæritur autem hujus juris ratio, 6
& omnino cur placeat vel aliquando uſumfructum rei
mutatione extingui, & in iis etiam partibus, quæ mu-
tato toto adhuc extant; nam in cetero jure regulari-
ter

ter atque indiſtincte receptum eſt, ut re mutata, qualiſcunque mutatio facta ſit, ſi quid adhuc reſtet, in eo jus idem, quod prius in toto conſtitutum erat, remaneat. Ut ecce; Inſula legata combuſta eſt, area nihilominus vindicari poteſt, *l. ſi grege* 22. *de legat.* 1. domus pignori obligata eſt; ſublata ſuperficie area pignori obligata manet, *l. domo* 21. *de pign. act. l. Paulus* 29. §. 2. *de pignor.* Grex legatus eſt, & poſtea numerus ovium in tantum decrevit: ut grex non intelligatur, tamen capita, quæ ſuperſunt, vindicari poſſunt, *d. l.* 22. *de legat.* 1. Pecora legata mortua ſunt: etiam τὰ λείψανα ex legati cauſa debentur, *l. quid ergo* 53. §. *ſed ſi* 5. *de legat.* 1. junct. *l. ſolum* 49. *de rei vind. l.* 14. §. 2. *de cond. furt.* Cur omnia contra in legato uſufructu rei? Probabile eſt, quod D. Bachovius reſpondet, (dicam autem, ſi poſſum, explicatius) ideo in propoſito aliud in uſufructu, aliud in proprietate legata placuiſſe, & uſumfructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum uſum præſtare aut pati non poteſt, qui fuit tempore teſtamenti facti, & quem ſolum teſtator legaſſe cenſeri debet; non alium, quem aliquando res mutata præbere poſſet: atque omnino finito eo uſu, quem tunc res habebat, ſolidam proprietatem ad eum pertinere voluiſſe, cui eam nudam interim reliquerat. Conſtat autem, longe alium uſum eſſe ædium, alium areæ: alium gregis ſive univerſitatis, alium ſingulorum capitum; alium pecoris, alium corii, *l. quid ergo* 70. §. 3. *de uſufruct.* Cum vero res ipſa aut proprietas rei legatur, nihil in re legata aut ex ea, quod dici poteſt legato non contineri. Proprietas uniuſmodi eſt, eadem totius & ſingularum partium: unde & toto diſſoluto aut mutato, partium, quæ ſuperſunt, proprietas manet. Eademque ratio eſt rei nexæ ſeu pignori obligatæ. Plane ſi univerſorum bonorum uſusfructus legetur, quæcunque in toto aliquo mutatio contingit, ſemper partis, quæ poſt mutationem manet, uſusfructus debetur, & talem, qualem pati poteſt, præſtabit; ſcilicet quia ſub appellatione bonorum etiam ſeparatim partis illius uſusfructus legatus eſt, *l. quotiens* 34. §. *ult. de uſufr.*

Textus.

Si finitus ſit.

4. *Cum autem finitus fuerit totus uſusfructus, revertitur ſcilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere poteſtatem.*

Notæ.

4. *Finitus fuerit totus*) Diſerte *totus*. Quippe qui inter ſe jus habent accreſcendi, *l.* 1. *& tot. tit. de uſufr. accreſc.* Vide fuſius in *Comment.*

Commentarius.

1. *Propria juris accreſcendi inter plures in eundem uſumfructum conjunctos.*

T*Otus uſusfructus*) Cum uſusfructus in totum finitus eſt, ad proprietatem, unde diſceſſerat, revertitur, atque ex eo tempore qui ante formalis erat, cauſalis incipit eſſe ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diſerte, ſi *finitus fuerit totus*: nam ſi pro parte tantum, ita demum pro parte amiſſa ad proprietatem redit, ſi non plures in eundem uſumfructum conjuncti ſunt, aut conjuncti omnes eum amiſerunt, *l.* 1. *pr. &* §. 3. *l.* 3. *de uſufruct. accreſc.* Conjuncti inter ſe jus accreſcendi habent: de quo jure ex profeſſo dicendum ſub §. *ſi eadem* 8. *inf. de legat.* tantum quæ propria hujus juris ſunt in uſufructu, hic obiter notabimus. Sunt autem maxime duo: unum eſt in parte deficiente & accreſcente; in quo hoc ſingulare, quod & quæſita & deinde amiſſa jus accreſcendi admittat, ſive conjuncto accreſcat, *d. l.* 1. §. 3. alterum in perſona ejus, cui accreſcit, ut & jus accreſcendi habeat, qui ſuam partem vel non agnovit vel agnitam amiſit, *l.* 10. *eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eandem hæreditatem vocatis. In his enim ſic jus eſt, primum ut nunquam unius portio, quam ſemel agnovit, alteri collegatario vel cohæredi accreſcat: deinde ut ita demum deficientis ſeu legatarii ſeu hæredis portio accreſcat alteri, ſi is portionem ſuam agnovit, & agnitam habet, *d.* §. *ſi eadem* 8. *l. qui ex duabus* 53. §. 1. *de acq. her. l.* 3. §. *ult. & duab. ll ſeqq. de bon. poſſeſſ. l. ſi ex pluribus* 9. *de ſuis & leg. her. l. un.* §. *his ita* 10. *& ſeq. C. de cad. toll.* Diverſi juris rationem ex Celſo & Juliano indicat Ulpian. *d. l.* 1. §. 3. quia uſusfructus quotidie conſtituitur & legatur, non ut proprietas, eo ſolo tempore, quo vindicari poteſt, hoc eſt, quo nondum quæſita eſt. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in uſufructu eſſe diximus, efficit, ut ſcilicet & amiſſus alteri conjuncto, utpote cui is adhuc legari intelligitur, accreſcat, & accreſcat etiam non agnoſcenti vel amittenti portionem ſuam; quippe cui & ipſi ea portio, quam non amiſit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum: *Uſusfructus non portioni, ſed homini accreſcit*, *l.* 14. §. 1. *de exc. rei jud.* Item, *Portio fundi velut alluvio portioni, perſonæ fructus accreſcit*. Papin. *l. ſi Titio* 33. *in fin. hoc tit. de uſufr.* Conſul. Don. x. *comm.* 23. Joan. Suev. 1. *de jur. accreſc.* 4. & Clariſſ JC. B. M. D. Corn. Swanenburg. in libello ſuo poſthumo *de jur. accr. cap.* 4.

Titulus quintus.

DE USU ET HABITATIONE.

D. Lib. 7. Tit. 8. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio: quid ſit uſus, quid uti; quæ onera uſuario incumbant?

EX tribus ſervitutum perſonalium formis una & præcipua ſuperiore titulo explicata eſt, uſusfructus: ſequuntur duæ reliquæ, uſus & habitatio: ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo, Primum de uſu, quibus modis conſtituatur & amittatur, digito oſten-
1 ditur; mox quid contineat, accurate docetur exemplis uſus fundi, ædium, ſervorum, pecorum: poſtremo tractatur de habitatione. Quo peracto aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Uſum ſic recte definiemus, jus alienis rebus utendi, ſalva rerum ſubſtantia. Uſus eſt jus, ſicut & uſusfructus & prædiorum quoque ſervitutes jura ſiunt, & dicuntur reſpectu ejus, cui debentur. Eſt jus utendi, non etiam fruendi, nam fructui quidem uſus ineſt; at uſui fructus deeſt. *l.14.§.1.hoc tit.* Uti, eſt rem tractare & exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ ſecundum rei conditionem inde percipi poteſt. Atque hoc uſui commune eſt cum uſufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda verſatur: verum hoc intereſt, quod nudus uſus quotidiana utentis ſufficientia, & conſumptione terminatur, uſusfructus omne rei emolumentum continet. Eſt igitur uſus jus utendi duntaxat, non etiam fruendi: ſed de eo poſtea magis ſerio. Cetera definitionis etiam uſuifructui conveniunt: nam nec uſus rei propriæ ſeparatus intelligitur; & uſuarius ita etiam uti debet, ut ne rem conſumat aut transformet, cauſamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, ſcilicet adempta fructus cauſa, uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſus finitus erit, reſtituturum quod inde extabit, *l.5. §.1. l. pen. uſ. quem. cav. l. pen. §. 2. hoc tit.* quod mirum eſt negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc diſtinctio placuit, ut ſi omnis fructus ad uſuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impenſas refectionis culturæve, ferre debeat; ſi ad proprietarium, hunc onera ſequantur; ſi vero ad utrumque, pro rata dividantur, *l. ſi domus 18. eod.*

Textus.

Communia de Uſufructu, & Uſu.

Iiſdem illis modis, quibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet: iiſdem illis modis finitur, quibus & uſusfructus deſinit.

Commentarius.

1. *Quid inter uſum & uſumfructum interſit, tum in conſtituendo, tum in amittendo?*

AIt, iiſdem modis nudum uſum conſtitui ſolere, iiſdemque modis amitti, quibus uſusfructus conſtituitur, & deſinit; idemque traditur *l.3.§.ult.de uſufr.*& de conſtitutione *l.1.§.1.hoc tit.* Conſtituitur igitur & nudus uſus pactionibus & ſtipulationibus, maxime vero teſtamento, ſicut & uſusfructus, *§.1.tit.præc.l.3.l.6.de uſufr.tot.tit.de uſu & uſufr.leg.* & teſtamento quidem ipſo jure, pactionibus autem accedente facto ſeu traditione conſtituentis, puta ſi uſuarium induxerit in fundum aut ædes, aut patiatur eum uti. *d.l.3.de uſufr.* Sed & longa quaſi poſſeſſione noſtra uſus acquiri poteſt, ſicut ceteræ ſervitutes omnes. *l.ult.C.de præſcr. long.temp.* Amittitur morte uſuarii, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, conſolidatione, interitu & mutatione rei uſuariæ, quibus ſcil. modis uſumfructum extingui conſtat. *§.pen.tit. præc.* Eſt tamen quod inter hæc 1
duo & in conſtituendo & in amittendo interſit. In conſtituendo, quod uſusfructus etiam pro parte conſtitui poteſt, uſus non æque. *l.5. de uſufruct. l. uſus 19. hoc tit.* Etenim frui pro parte poſſumus; uti pro parte non poſſumus; ſed uſus cujuſque ſemper in ſolidum eſt. *d. l. 19. junct. l. 5. §. ult. commod.* Hoc autem ex eo eſt, quod uſus tantum neceſſitati ſervit, & ſolo utentis facto ac conſumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi poſſit; in quo ſimilis eſt ſervitutibus prædiorum, quæ & ipſæ, quia in ſolo uſu conſiſtunt & facto terminantur, individuæ. *l.via 17.de ſerv.l.1.§. ſi uſusfruct. 9. ad leg. Falc.* uſusfructus autem dividuus eſt: quia licet & ipſe in facto ab initio conſiſtat, facto tamen ſolo non terminatur, ſed poſt ſe relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique diviſio eſſe poteſt. *d.l.1.§.9.l.ſed uſusfr.81.ad l. Falc.* Cujac. Don. &. DD. vulg. *ad l.ſtipulationes 72.de verb.obl.* Gomes 11. *reſ.* 10. *num.* 18. Caſtill. *tr.de uſufr.c.*31. Adhæc uſumfructum quoque conſtitui legimus in judiciis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, ſi judex alteri fundum, alteri uſumfructum adjudicaverit, *l.6. §.1. de uſufr. l.16.§.1. fam. erc. l. 6. §.10. comm.div.* de uſu nihil tale, non magis quam de ſervitutibus prædiorum. In amittendo hoc intereſt, quod uſus amiſſus ſemper ad proprietarem redeat, nunquam ad conjunctum, ut aliquando uſusfructus. Quinimo plures in eundem uſum conjungi non poſſunt: nam qua ratione uſus diviſionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Eapropter ſi duobus ejuſdem rei uſus legatus ſit, nulla intelligitur conjunctio, aut uſus inter eos communio; nec concurſu partes faciunt. Et ideo altero deficiente nihil alteri accreſcit, ſed quod omiſſum, aut amiſſum eſt, ſtatim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus eſt inter duos ejuſdem rei uſua-

rios, *l. 1. com. div.* ut inter plures ejuſdem rei fructuarios, *l. 7. §. 10. eod. tit.* niſi utili: *arg. l. 32. de ſtip. ſerv.* & tum res ita tranſigetur, ut uni uſus totus adjudicetur, & is alteri viciſſim condemnetur in præſtationem partis æſtimationis, *l. 10. §. 1. comm. div.* aut ut utendi neceſſitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor. 19. §. ult. d. tit.*

TEXTUS.

Quid interſit inter uſumfructum & uſum fundi.

1. M*inus autem juris eſt in uſu, quam in uſufructu. Nam is, qui fundi nudum habet uſum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis, per quos opera ruſtica fiunt, impedimento; nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere poteſt: quum is, qui uſumfructum habet, poſſit hæc omnia facere.*

NOTÆ.

1. *Minus juris*) Id eſt, minus emolumenti. Nam uſus quotidiana utentis ſufficientia & conſumptione terminatur, *l. 12. §. 1. h. t.* uſusfructus omnem rei utilitatem continet, *l. 7. l. 9. D. de uſufr.* Denique fructuarius defruitur. Defrui eſt omnem rei fructum percipere. Feſt.

Hactenus morari) *l. 11. eod.* ſed explica hæc ex *l. 10. §. ult. l. 12. pr. eod.*

Hæc omnia facere) *l. 12. §. 2. l. 38. l. 67. D. de uſufr. l. 8. §. ult. D. de per. & com. rei vend.* retento ſcil. jure quod perſonæ ejus inhæret, *l. 66. D. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Uſuarium etiam ex fructibus induſtrialibus ſumere poſſe, quantum ad victum ſibi ſufficiat; & qua conditione?*
2. *Modus hujus juris proprius; & quam large aliquando cum uſuario agatur?*
3. *Quarum partium fundi poſſeſſio quodammodo penes uſuarium.*
4. *Uſuarium rem utendam alii locare aut vendere non poſſe: niſi forte ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei conceſſum.*
5. *Fructuarium poſſe jus, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento ſc. jure, quod ex conſtitutione perſonæ ejus inhæret.*

HOc §. & 3. *ſeq.* docet Imperator, quid rei cujuſque uſus contineat, & quibus in rebus diſcrepet ab uſufructu: idque, exemplo veterum, declarat propoſitis ordine quatuor ſpeciebus, uſu fundi, ædium, ſervorum, pecorum: unde reliquarum rerum uſus ſatis intelligi poteſt. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium uſum ex æquo pertinet. Ait, minus juris eſſe in uſu, quam in uſufructu; id eſt, minus emolumenti, ἧττον κέρδος: ſiquidem uſus cujuſcunque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum uſuario neceſſarium eſt, eique ſufficit ad uſum & conſumtionem quotidianam, arg. *hujus §. & l. plenum. 12. §. 1. eod.* Uſusfructus autem extra hanc ſufficientiam & conſumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi poteſt, ſine exceptione continet. vid. *tit. præc. in pr.* Denique & uſus fructui ineſt; & ideo ſi uſufructu legato, uſus adimatur, placet nullam eſſe ademptionem; &, ſi tibi uſus, mihi uſusfructus legetur, concurrere nos in uſu. *l. per ſervum. 14. §. 1. & 2. hoc tit.* In ſumma, utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teſte Feſto, ut deamare, deperire; ſignificantes, omnem fructum percipere. Plane in pecunia & ceteris rebus, quæ uſu conſumuntur, nihil intereſt, uſus legetur, an uſusfructus: quia uſus in his rebus tantum continet, quantum uſusfructus, *l. 5. §. ult. l. 10. §. 1. de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſ.* VINN. Quemadmodum autem minus juris eſt in uſu, quam in uſufructu: ita & minus oneris ei ineſt. In uſufructu enim onera ferre uſufructuarium, qui emolumentum omne capit, æquum eſt. In uſu quia communia ſunt commoda proprietarii & uſuarii: onera quoque utriuſque communia ſint, oportet. *l. 18. ff. h. t.* HEIN.

Oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis) De his nulla fuit inter veteres controverſia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus: ſed obtinuit contra Nervæ ſententiam, ut etiam ex his uſuarius ſumere poſſet, quod ad victum ſibi & familiæ ſuæ ſufficiat: & generaliter ex omnibus, quæ in fundo naſcuntur; *d. l. 12. §. 1. hoc tit.* Malim tamen eo loci *pro foliis* legere *oleis*, cum D. Cujac. *in not. ad hunc loc. & IX. obſ. 37.* Don. X. *comm.* 25. ut oleæ & oleum conjungantur cum ceteris, quæ majus proprietarii onus continent: nam ineptum videtur atque iniquum, uſum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fœno, olere, lignis uti conceditur: & quod de uſu foliorum ex Catone & Columella refert RæVARD. II. *conj.* 4. pecora illis ali ſolita, hoc vel magis ad fœnum pertinet. Stramenta quoque jumentis uſui ſunt & eſui, & poma, olera, familiæ domini ruſticæ. Nullo autem colore, quod Juriſconſultus de foliis indefinite enunciat, trahi poteſt ad folia barbarica aut Indica; aut cum Zaſ. *par. hoc tit. n. 12.* (Unde tranſtulit Cantiuncula in paraphraſin ſuam) ad folia mori, quam fronde nova pubeſcentem depaſcuntur bombyces; aut palmæ, ex cujus foliis in quibuſdam partibus lanam trahi, & validos funes in Oriente fieri teſtatur Plin. *lib.* XIII. *c.* 4. & *lib.* XVI. *c.* 24. Et cur non addiderunt ſcopas etiam e palma fieri ſolitas, quod oſtendit Martial. *lib.* XIV. his verſibus;

In pretio ſcopas teſtatur palma fuiſſe:
Sed pretium ſcopis nunc analecta dabunt.

Et fortaſſis hic uſus non minus Europeæ, quam Aſiaticæ & exoticæ fuit. Ceterum ita demum exiſtimo, vi-

vinum, frumenta, & ceteras fruges in uſum venire, ſi vindemiarum ſementiſque & arationis pro ſua parte uſuarius ſumptus ferre velit; quod etſi nuſquam ſcriptum eſt, humanitas tamen ſuggerit: & uſu fundi relicto, ſi non major ſit fructus, quam qui legatario uſui ſit, æquum eſt, ipſum ſolum onera culturæ ſuſtinere, *per l. ſi domus.* 18. *hoc. tit.* Manifeſte autem fallitur Weſemb. *par. hoc tit. n.* 2. dum ſimpliciter negat, uſuarium uti poſſe frumento aut ceteris fructibus induſtrialibus, contra textum expreſſum in *d.l.* 12. §. 1. *eod.* & cur, cum impenſas ſementis præbet, non utatur terræ matris largitione? VINN. Lectionem Florentinam *l.* 12. §. 1. *ff. h. t.* acriter defendit Guil. Fornerius, oſtendens, ex foliis facta eſſe unguenta. Sed dubito, de his foliis ſenſiſſe Nervam. Jac. Cujacii conjectura ingenioſa eſt, ſed codices MSC. non addicunt. In Charondæ quodam codice pro *foliis* lectum *doliis*. Et ita etiam Connanus edidit. Eam emendationem ego haud malam putarem, ſi commode dolia jungerentur ſtramentis, oleo, frumento, frugibus. Retineri itaque poteſt vulgata lectio *foliis*, quibus ruri haud raro utuntur, quæque ſæpe ſubſternunt pecoribus. Frondem, adeoque & folia, bubus dabant veteres. Phædr. *Lib.* II. *Fab.* 8. HEIN.

2 *Ad uſum quotidianum*) Modus utendi hujus juris proprius dum ex his omnibus ſumat uſuarius, quod ad victum ſibi ſuiſque ſufficiat, non amplius, *d. l.* 12. §. 1. Quantum autem cuique ſufficiat, id æſtimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita uſus reſtringendus eſt, ut non etiam pateat & honeſtati vitæ & dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, & tam large cum uſuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, ſed etiam cum convivis & hoſpitibus uti ei permittatur: hactenus tamen, ut oleo, frumento, & ceteris frugibus cum convivis & hoſpitibus utatur in villa: cetera, quorum non admodum grave onus eſt, ſi abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia poſſunt, *d.l.* 12. §. 1. Enimvero neceſſe non eſt, ſumere ſingulis diebus, quod in ſingulos eos ſufficiat: ſed ex penu, hoc eſt, ut ego interpretor, ex eo, quod ad penum pertinet, capere licet, quod ſufficiat in annum: quamvis eo modo fructus conſumatur; quod facile evenire poteſt uſu medioctis prædii relicto: nam uſuarii prior ſemper ratio eſt *l. ſi alii.* 42. *de uſufr.* & in uſu domus & ſervi hoc accidit, ut nihil alii fructuum nomine ſuperſit, *l. fundi.* 15. *hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic. cap.* 2. eademque cauſa eſt navis, veſtimentorum, vehiculi, & ſimilium rerum, quarum fructus in uſu eſt. Ceterum uſuario intra annum mortuo, quod ex penu ſupereſt, ad hæredem ejus non pertinebit: deſiit enim poſſe uti, neque uſuarius fructus, quos decerpſit, aut collegit, ſuos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario: ſed tantum jus iis modice utendi habet. Illud conſtat; non poſſe ei, qui uſum habet, objici quod pecuniis abundet, unde ſibi quæ opus ſunt, aliunde quam ex re uſuaria comparare poſſit.

3 *Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi moleſtus ſit*) Poſſeſſio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non ſunt, quodammodo penes uſuarium eſt: placet enim, eum ſolum uſurum cellis vinariis & oleariis, dominum invito eo non uſurum, *l.* 10. *in fin. hoc tit.* De ambulandi quoque & geſtandi in locis ad eam rem paratis ſolus jus habet *d.l.* 12. §. 1. *eod.* Prætorio autem, hoc eſt, villa urbana, ſive domo, non fundi, ſed domini cauſa parata, non utetur, niſi & nominatim hujus uſus relictus ſit, & tum quidem utetur ſolus, *d. l.* 12. *in pr.* Sed villam ſuo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit: tantum pati cogetur illic habitare colonum & familiam ruſticam, quæ agri colendi cauſa illic ſit: ſed nec impedire poterit, quominus proprietarius ipſe eo veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l.* 10. §. *ult.* & *d. l.* 12. *in pr.* Hinc explicandum quod ex Cajo *l.* 11. *eod.* Juſtianus hic tradit, hactenus uſuarium in fundo morari poſſe, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis, per quos opera ruſtica fiunt, impedimento.

Nec ulli alii jus quod habet locare aut vendere) Quod hic traditur, etiam ad aliarum rerum uſum pertinet, 4
l. 8. & *d. l.* 12. §. 4. & *ult. eod.* & hanc habet rationem, quod in uſu ſpectatur perſona ejus, cui relictus eſt & modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate ſua utatur: quod fieri non poteſt, ſi alii venderet: nam emptoris alia poteſt eſſe conſideratio & multum diverſa a conditione uſuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum eſt, niſi ex conjecturis appareat, teſtatorem jus quoque locandi aut vendendi uſum concedere voluiſſe. Cujuſmodi conjecturæ ſumi poſſunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam ſi aurigæ uſus equorum legatus ſit, cum teſtator ſciret eum hujus eſſe inſtituti & vitæ, placet eum etiam locare equos poſſe: quia de hoc etiam uſu teſtator videtur ſenſiſſe & retuliſſe uſum ad rationem vitæ legatarii, *d. l.* 12. §. 4. Si ſilvæ uſus legatus ſit, Adrianus ſtatuit fructum quoque legatum videri: quia niſi liceret cædere ſilvam & vendere, quemadmodum uſufructuariis licet, legatarius nihil habiturus eſſet ex eo legato, *l. pen. eod.* quod plerique ſic accepere, ſi ſilva remotior ſit ab oppido, ut, ſi cogatur legatarius ipſe eam cædere, & quod excidit uſus ſui cauſa domum comportare, plus impenſurus ſit, quam ſi in propinquo ab aliis emeret; neque ita intelligendum, quaſi legatario liceat cædere & vendere tantum, quantum ſolebat dominus, aut quantum fructuario licet: ſed pro modo & ratione uſus ſui. In univerſum autem non eſſe invidendum uſuario, Connan. IV. *comm.* 5. & Weſemb. *par. hoc tit. num.* 3. exiſtimant, ſi velit, fructus, quos uſus ſui cauſa jam percepit & collegit, alteri vendere aut donare.

Poſſit hac omnia facere) Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l.* 12. 5
§. 2. *de uſufr.* etiam invito hærede, *l.* 67. *eod.* Græci *καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, ἢ καὶ τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ.* Interpretes hoc reſtringunt ad nudam fruendi commoditatem: ceterum veteres amplius quid intelligere videntur, qui, ſic loquuntur, ut dicant, uſufructuarium, jus, quod habet, *l.* 11. *hoc tit.* uſumfructum, *l. non utitur.* 38. *eod.* jus utendi fruendi, *l.* 8. §. *ult. de per. & com. rei vend.* poſſe alteri concedere, locare, vendere. Et illud tamen certum eſt, non poſſe fructuarium ullo modo alteri conſtituere uſumfructum, hoc eſt, novum in ſuum locum fructuarium ſubſtituere, niſi volente & ſeſe ac-

com-

commodante domino proprietatis, *l. uſufructu* 57. *ſol. matr.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum mere perſonale eſt, ita infixum perſonæ ejus, cui uſusfructus primo conſtitutus eſt, ut ab eo avelli nequeat: unde etiam cum de amittendo aut finiendo uſufructu quæritur, ejus ſolius perſona ſemper ſpectatur, *d. l.* 8, §. *ult. de per. & com. rei vend.* Alterum reale, conſiſtens in uſu & fruitione rei fructuariæ, quod a fructuario abire & in alium transferri poſſit, licet a perſonali illo jure promanet, inque eo ita radicetur, ut neceſſe ſit cum illo extingui. Illuſtrat hanc diſtinctionem exemplo hæredis & creditoris: in quibus ſimiliter jus gentium animadvertimus: unum quod perſonalis eſt, atque oſſibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæſitum: alterum reale in re quæſita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui ſemel hæres extitit ſemper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate nihilominus actiones hæreditarias ipſe exerceat & excipiat, *l.* 2. *C. de her. vel act. vend.* creditor actione vendita jus ipſum agendi adhuc retineat, *l.* 3. *C. de novat.* Hoc in eo, quod hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l.* 2. *in pr. & paſſim de her. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l.* 2. §. *antepen.* & utilibus etiam actionibus ſuo nomine experiri poteſt; ut & is, cui nomen venditum aut legatum eſt. *l. ſi cum* 16. *de pact. l.* 5. 7. 8. *C. de her. vel act. vend. l. ex legato* 18. *C. de legat.* Poteſt igitur fructuarius, ut eo redeam, etiam jus, quod habet, in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex conſtitutione perſonæ ejus inhæret; ſed eo retento, quod extra perſonam ejus conſiſtit, quod habet in re fructuaria. Cumque nullo modo efficere poſſit, ut totum jus, quod habet, a ſe habeat atque in extraneum transferatur; ne hoc quidem agere voluiſſe in dubio cenſeri debet; ſed ubi cauſa ſive titulus non obſtat, ſub appellatione uſusfructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quam jure ſuo poteſt; veluti ſi locavit uſumfructum aut jus utendi fruendi, ſi vendidit, donavit, *d. l. non utitur* 38. *de uſufr. l.* 11. *h. t. d. l.* 8. §. *ult. de per. & comm. rei vend.* De ceſſione autem in jure idem dici non poteſt, quia per eam neceſſario jus omne accedente abibat, ſecundum ea, quæ tradita ſunt ſub §. pen. ſuperioris tituli.

Textus.

Ædium uſus.

2. ***Item is, qui ædium uſum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipſe tantum inhabitet: nec hoc jus ad alium transferre poteſt: & vix receptum eſſe videtur, ut hoſpitem ei recipere liceat, & cum uxore liberiſque ſuis, item libertis, nec non perſonis aliis liberis, quibus non minus, quam ſervis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter ſi ad mulierem uſus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.***

Notæ.

2. *Item is*) Hic locus ex variis prudentum reſponſis conſutus eſt, *l.* 2. *l.* 3. *& aliquot ſeqq. h. tit.*

Ut hoſpitem recipere) Ex veteri more hoſpitii, quod inter privatos contrahebatur. V. Bud. *ad Pand. in l.* 6. §. 3. *de off. proconſ.* Salmaſ. ad *jus Attic. cap.* 26. Vinn. Præclara quoque eſt, quæ de jure hoſpitii exſtat Jo. Schilteri diſſertatio, edita cum ejus *Manuductione philoſophiæ moralis ad juris prudentiam.* Nec tamen ſoli hic intelliguntur hoſpites illi gratuiti, uti hic ſtatuiſſe videtur Vinnius; ſed & mercenarii. *l.* 2. §. 1. *l.* 4. *pr. ff. h. t.* Id enim paullo poſt ipſe Vinnius agnoſcit in Commentario, ubi Bachovium, hæc verba ita interpretantem refellit. Hein.

Nec non perſonis aliis) Tandem eo decurſum, ut & inquilinum recipere poſſit, dum ipſe quoque inhabitet, *d. l.* 2. §. *ult.* & penſionem percipere, *l.* 4. *eod.*

Commentarius.

1. *Uſuarium non prohiberi, dum ipſe inhabitat, partem ædium, quam non occupat, alii locare.*

Hoc §. oſtenditur, quid contineatur uſu ædium: latiſſime autem hoc declaratur *l.* 2. §. 1. *cum* 6. *ll. ſeqq. & l. pen.* §. 1. *h. t.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium uſus legatus eſt, eas inhabitare poſſit: uti & illud quoque ſemper conſtitit, non poſſe uſuarium habitationem alteri locare, vendere aut gratis concedere, *hoc text. & l.* 8. *eod.* Circa eum autem, qui ipſe inhabitat, quædam quæſita ſunt. Veluti ſi ædes amplæ ſint, & tam anguſtus uſuarius, ut eas totas ſimul occupare non poſſit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti? Sed placuit, non licere: quia cum uſuarius jus utendi habeat, etiamſi nunc non utatur, poſtea tamen cum voluerit, uti poteſt, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen.* §. 1. Item, an qui ipſe inhabitat, poſſit in partem habitationis alios admittere? de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre) Qui uſum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere uſum poteſt, *l.* 8. *h. t.* quod non eſt ſpeciale in uſu ædium, ſed ad aliarum quoque rerum uſum pertinet, ut relatum *ſup.* §. *prac.* Illud ſpeciale eſt, quod uſus ædium & uſusfructus in eo ſolum differunt, quod hic locari, vendi, alteri concedi poteſt, ille non poteſt. Ceterum utentis nihil intereſt, uſum ædium habeat, an uſumfructum: idque clariſſime patet ex locis ſupra citatis, & hoc §. junct. *l.* 15. *eod.* Quod autem diximus, eum, qui uſum ædium habet, non poſſe habitationem locare aut alteri concedere, hoc ita eſt, ſi ſeorſum locet aut concedat ſine ſe, *d. l.* 8. nam ſi ipſe inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipſe non occupat, aut, quia nimis ſpatioſæ occupare non poteſt, alteri locare, ut penſionem percipiat. *l.* 4. *hoc tit.* Quod Labeo dicebat, poſſe eum, qui ipſe habitat, inquilinum recipere, *l.* 2. *in fin. eod.* notatur a Proculo, quod *inquilinum* non belle appellavit eum, qui cum alio habitat,

d. l. 4. nam *inquilinus* proprie dicitur, qui in conductis ædibus habitat ſolus; *l. res pignori* 37. *de acqu. poſſ. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *de migrand.*

Et vix receptum eſſe videtur) Quod ait, vix receptum eſſe, ut is, qui ædium uſum habet, hoſpitem recipere poſſit, ſic accipiendum eſt, ægre quidem ab initio id receptum eſſe propter dubitationes veterum, tandem tamen obtinuiſſe, *d. l.* 2. §. 1. Ait, *ut hoſpitem recipere liceat*. Eum, qui ipſe inhabitat, placuit etiam hoſpites recipere poſſe, *d. l.* 2. §. 1. ſive gratuitum illis hoſpitium præſtet, ſive mercenarium, *d. l.* 2. §. 1. *&* *d. l.* 4. *in pr.* nec audiendus Bachovius, qui verbo hoſpitis eos ſolos ſignificari exiſtimat, quibus more veterum ex ſingulari amicitia jus mutuum ἰδιοξενίας, hoc eſt, privati hoſpitii erat: de quo Bud. *ad l.* 6. §. 3. *de off. procenſ.* Salmaſ. *ad jus Attic. c.* 26. Plane etſi quemlibet extraneum convictorem recipere poteſt: tabernam tamen cauponariam ei exercere non licebat, quæ publice viatoribus omnibus & peregrinis pateat, *arg. l.* 13. §. *ult. de uſufr.*

Cum uxore liberiſque ſuis, item libertis) Domus uſu marito relicto, facile admiſſum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberiſque ſuis, cum ſervis item & famulis, id eſt, cum omni familia. *d. l.* 2. *in pr.* Quæſtionis autem fuit, an & cum libertis? ſed Labeo & Celſus etiam hos recipi poſſe admiſerunt, *d. l.* 2. §. 1. Paulus & clientes, l. 3. *eod.* Ita dicebantur homines liberi, qui ſe ad potentioris alicujus ductum applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *l.* 7. §. 1. *de capt. & poſtlim.* ſuſceptos poſterior ætas vocavit. Conſul. Hotom. *in Lexic.* Nec mirum, hoc admitti, cum etiam extraneus quilibet, ut jam dictum eſt, recipi poſſit, qui modo honeſte cum eo, qui uſum habet, habitaturus ſit. VINN. De clientibus & ſuſceptis Hotomanno accuratius egerunt Fr. Juretus *ad* Symmach. *Lib.* v. *Epiſt.* 39. Valeſius *ad* Ammian. *Lib.* xxx. *cap.* 4. Jac. Gothofredus *in Gloſſar. ad C. Theod.* & Petr. Pithœus *ad Pariat. LL. Moſ. & Rom. tit.* ix. §. 3. Si peregrinus ſe ad civem Romanum tamquam patronum adplicaſſet: patronus ei inteſtato ſuccedebat, quod vocabatur JUS ADPLICATIONIS. Cic. *de Orat.* 1. 39. HEIN.

Cum marito ei habitare) Ne mulieri matrimonio carendum ſit, cum uti vult domo. *d. l.* 4. §. 1. Sed etſi uſus ædium mulieri legatus ſit ea conditione, ſi a viro divortiſſet, placuit tamen, cum viro habitaturam, remiſſa ei conditione legati, *d. l.* 8. §. 1. Hoc amplius ſi virgini aut viduæ legatus ſit, placuit & poſtea nubentem cum viro habitare poſſe, *d. l.* 4. §. 1. Nec ſolum cum marito, ſed & cum liberis, parentibuſque & libertis, cum ſocero etiam habitaturam: atque eo uſque proceſſum, ut eoſdem, quos maſculi, etiam mulieres recipere poſſint, *d. l.* 4. *in fin. & l.* 6. *eod.* Poſſunt ergo & hoſpitem, ſed non aliter, quam ſi is ſit, qui honeſte cum iis ſit habitaturus, *l.* 7. *eod.*

TEXTUS.

De ſervi vel jumenti uſu.

3. *Item is, ad quem ſervi uſus pertinet, ipſe tantum opera atque miniſterio ejus uti poteſt: ad alium vero nullo modo jus ſuum transferre ei conceſſum eſt. Idem ſcilicet juris eſt & in jumento.*

NOTÆ.

3. *Ipſe tantum opera*) Non modo tamen ad miniſterium ſuum, ſed etiam liberorum ſuorum & conjugis, *l.* 12. §. *pen. eod.*

In jumento) ὑποζυγίῳ, equo, bove, aſino, *v. d. l.* 12. §. 3. *&* 4.

COMMENTARIUS.

Servorum uſus eſt in eorum operis: eſt & in fructibus, hoc eſt, iis rebus, quæ per ſervos acquiruntur. Operis uti poteſt uſuarius in re qualibet, nec tantum ad miniſterium ſuum, ſed etiam ad liberorum ſuorum & conjugis, *l. plenum* 12. §. *pen. & ult. h. t.* dum tamen ſecundum conditionem ſervi: nam & a fructuario hoc exigitur. *l.* 15. §. 1. *de uſufr.* Ceterum ipſum uſuarium uti oportet, non aliis operas locare aut utendas concedere: quanquam parum refert utrum utatur in re plane ſua an in opere alieno, quod ipſe expediendum conduxerit, *d. l.* 12. §. *ult. & l. ſeq. eod.* De iis, quæ per ſervum uſuarium acquiruntur, ita placuit, ut ſi quid acquirat ex operis ſuis, id non acquiratur uſuario; quoniam nec locare ſervi operas poteſt: ſin autem ex re uſuarii, puta ſi inſtitor erit, & opera ejus uſuarius utatur in taberna ad merces emendas & vendendas, aut ſi juſſu uſuarii per traditionem accipiat, uſuario acquirit, cum hac opera in re ſua uſuarius utatur, *l. per ſervum* 14. *in pr. l. ſi ita* 16. §. 2. *l. ſervus* 20. *eod.*

Idem ſcilicet juris eſt & in jumento) Jumentorum quoque uſus, ſicut ſervorum, in operis eſt, & quidem ſolis, ut equorum, mulorum, aſinorum; item bovum: habetque in his uſuarius omnem uſum ad arandum, ad vehendum ſub jugo ad onera ferenda, & ad cetera, ad quæ hæc animalia apta ſunt: utetur autem ſecundum conditionem cujuſque jumenti & morem regionis, *l.* 12. §. 3. *&* 4. *h. t.* nec locabit, niſi forte de eo etiam uſu teſtatorem ſenſiſſe appareat. Quid enim ſi aurigæ equitii uſus legatus ſit, cum ſciret teſtator eum hujus eſſe inſtituti? *d. l.* 12. §. 4. Et ſi forte unius bovis uſus legatus ſit homini tam inopi, ut alterum emere non poſſit, nec cum uno fundum ſuum arare, non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem boves ad opus faciendum commodent, ne legatum ei inutile ſit, *arg. l. pen. in pr. eod.* Hoc & Cantiuncula; ex quo ad verbum, ut fere omnia, deſcripſit Mynſing.

TEXTUS.

De pecorum uſu.

4. *Sed & ſi pecorum vel ovium uſus legatus ſit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur uſuarius: quia ea in fructu ſunt. Plane ad ſtercorandum agrum ſuum pecoribus uti poteſt.*

Com-

COMMENTARIUS.

Pecorum vel ovium) * Ἁμαρτημα Triboniani; niſi legendum, *veluti ovium*, οἷον προβάτων, ut vertit interpres Græcus, & flagitat locus Paulli *d. l. 12. §. 2. hoc tit.* unde hic deſumptus eſt: quippe nemini dubium eſt, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum eſt, quod ex Mynſingero in margine hic adſcripſit Pacius, quamvis oves ſint ſpecies pecorum, non propterea tamen legatum ovium eſſe ſpeciem legati pecorum. VINN. Sed vix eſt, cur hic reus poſtuletur Tribonianus ἁμαρτήματος. Pecus generatim omne animal denotat: & ita accipere vocabulum videtur Vinnius. Sed ſpeciatim *pecudes* vel *pecora* dicuntur capræ & oves, a Græco πέκος, *vellus*. Illuſtr. a Bynkersh. *de reb. manc. cap. 6. p. 119.* Et is ſenſus hic occurrit. *Pecora vel oves* hic junguntur tanquam ſynonyma. HEIN.

Neque lacte, neque agnis, neque lana) Igitur in uſu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum aut caprarum, minimum eſt: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum ſunt, uſuarius ſumere poteſt: ſed tantum ad ſtercorandum agrum ſuum, quo pinguior & fœcundior fiat, his uti: & inſuper modico etiam lacte, neque enim tam ſtricte voluntates interpretandæ. *d. l. 12. §. 2.* Cumque ceterarum rerum etiam poſſeſſionem tradi uſuario oporteat, ut iis utatur; diverſum tamen eſſe apparet in pecoribus, quæ tantum ad fructum ferendum habentur.

TEXTUS.

De habitatione.

5. Sed ſi cui habitatio legata, ſive aliquo modo conſtituta ſit, neque uſus videtur, neque uſusfructus, ſed quaſi proprium aliquod jus: quanquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, ſecundum Marcelli ſententiam noſtra deciſione promulgata, permiſimus non ſolum in ea degere, ſed etiam aliis locare.

NOTÆ.

5. *Noſtra deciſione*) Ex conſtitutione Juſtiniani habitatio uſumfructum ædium imitatur, ut & locari poſſit; & conſequenter etiam vendi & gratis alteri concedi, jure ipſo apud eum, cui conſtituta eſt, manente: nihil enim intereſt. Conſtitutio extat in *l. 13. C. de uſufr.*

COMMENTARIUS.

1. *Falſo a nonnullis negari, habitationem eſſe ſpeciem ſervitutis perſonalis.*
2. *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quam locari poſſe.*

Reſtat ultima ſpecies ſervitutis perſonalis, habitatio. Ea eſt jus in ædibus alienis habitandi cum perſonis quoquomodo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem pene eſt habitatio, quod uſus ædium: eaſdemque perſonas, qui habitandi jus habet, recipere poteſt, quas uſuarius. *l. 10. hoc tit.* Conſtituitur quoque habitatio iiſdem modis, quibus uſus & uſusfructus, iiſdemque modis finitur, excepto quod non finiatur non utendo, *d. l. 10.* quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quam in jure conſiſtit, *l. pen. de cap. min.* ex quo eſt, quod legatæ habitationis dies non ſemel cedat, ſed per dies ſingulos, perinde ut uſusfructus in ſingulos dies relicti, *l. 1. pr. quand. dies uſq. leg. ced. & arg. d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic ſint legata, & quaſi nova ſingulorum dierum habitatio: ob quam etiam cauſam nec capitis deminutione (ſcilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen. & d. l. 10.* Ex conſtitutione autem Juſtiniani nec uſus nec uſusfructus ita perit, *l. pen. C. de uſufr.* ut jam hac in parte nulla amplius ſit differentia: quod vix unus aut alter, quod ſciam, admonuit.

Quaſi proprium aliquod jus) Hoc eſt, ſpecies quædam ſervitutis perſonalis, quæ proprie neque uſus eſt, neque uſusfructus; licet olim parum diſtaret ab uſu, *d. l. 10.* Hodie per conſtitutionem Juſtiniani *l. 13. C. de uſufr.* ad uſumfructum prope accedit. Sunt tamen qui negant, habitationem eſſe ſpeciem ſervitutis perſonalis, & omnino ſervitutem eſſe: quoniam duæ tantum perſonarum ſervitutes memorantur a Marciano *l. 1. de ſerv.* Sed ille vel exempli cauſa duas iſtas duntaxat retulit, vel ſub uſu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat, quod uſus, auctore Ulpian. *d. l. 10.* Quod autem ajunt, de ſervitute tam perſonali quam reali proditam eſſe agenti actionem in rem confeſſoriam, *§. 2. inſ. de act.* eum autem, cui habitatio conſtituta ſit, actionem tantum perſonalem habere, vel ex teſtamento, vel ex ſtipulatu, vel commodati, aut præſcriptis verbis, eo quod habitatio non ſit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, ſed in obligatione conſiſtat, id quoque perperam dici exiſtimo. Nam eſſe aliquod jus in rem, vel ex hoc ipſo loco apparet; & argumento eſt, quod conjunctim cum uſu & uſufructu de hoc jure & hic & in Pand. & C. tractetur. Nullum autem certius argumentum eſt habitationem ſervitutem & perſonæ eſſe, quam ſervitutis definitio, tum generalis, tum ſpecialis perſonarum: eſt enim jus in re aliena alteri conſtitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in ſuo, & jus conſtitutum perſonæ. Nec obſtat quod habitatio in facto potius, quam in jure conſiſtere dicitur *l. pen. de cap. min.* nam idem fere & de uſufructu prædicatur, *l. un. quand. dies uſq. leg.* Dicuntur enim iſta per extenuationem, non quod ſint nuda facta: eſtque ſimilis habitatio uſuifructui in dies aut menſes ſingulos legato; *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos ſingulos uſusfructus legatus eſt, eum confeſſoria vindicare non prohibetur; cur non & confeſſoria pro habitatione competat ei, cui ea legata eſt? Nec verum eſt, quod Hotomannus ſcribit uſum & uſumfructum ſervo aut filiofam. legatum, domino aut patri acquiri; habitationem non acquiri: idque liquet vel ex ipſa, quam citat, *l. 9. quand. dies leg. ced.* junct. *l. 2. & 3. eod.* Agnoſco autem lubens ſenſus mei hebetudinem, qui videre non poſſum, quomodo id, quod de actione commodati aut præſcriptis ver-

verbis, ei cui habitatio conſtituta eſt, danda profertur, probari poſſit ex *l. 1. in fin. pr. commod.* junct. *l. ſi gratuitam 17. in pr. de praſ. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati aut præſcriptis verbis danda domino ædium, qui habitationem commodavit, ſive gratis alicui conceſſit. Sed quid hoc ad rem?

Quanquam habitationem habentibus, &c. etiam aliis locare) Hoc eſt, quamvis in hoc habitatio ex noſtra conſtitutione uſumfructum imitetur; quod eam alteri
a locari permiſimus, *l. cum antiquitas 13. C. de uſufr.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi jure ipſo apud eum, cui ab initio conſtituta eſt, manente, ſecundum ea, quæ diximus *§. 1. ſup. eod*, nihil enim intereſt, & puerile nimis, quod quidam ajunt, ideo habitationem vendi aut donari non poſſe, quia eſt jus perſonale, nam eadem ratione nec uſusfructus vendi aut donari poſſet: & ſi nihil aliud obſtaret, uſus quoque locari aut vendi non prohiberetur: ſed in uſu ſpectatur conditio perſonæ uſuarii & indigentia pro modo familiæ ejus: alius autem alio numeroſiorem familiam habet, & pluribus indiget; nec una omnium conditio, ut recte D. Connan. IV. *comm.* 5. Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuiſſe, licet uſus non potuerit: per *d. l. 5. commod. & d. l. 17. de praſc. verb.* Sed fallitur [illegible] non enim de habitatione jam alicui conſtituta, & ab eo, cui conſtituta eſt, alteri commodata illic agitur, ſed de commodata aut gratis alicui conceſſa demum a domino ædium: quomodo locos iſtos etiam accepit D. Bachovius.

Textus.

Tranſitio.

6. *Hac de ſervitutibus, & uſufructu, & uſu, & habitatione dixiſſe ſufficiat. De hereditatibus autem & obligationibus ſuis locis proponemus. Expoſuimus ſummatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.*

Notæ.

6. *Legitimo & civili jure*) Antiquitatis ſtudioſi conſulant Budæ. *in Pand. ad l. 2. §. & cum placuiſſet 24. de orig. jur.*

Commentarius.

Duplex tranſitio, & utraque perfecta: in epilogo prioris reſpicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp.* hujus libri ſecundum: ubi cum non tantum ſervitutes prædiorum, uſus & uſusfructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hæreditas & obligationes, ac de ſervitutibus, uſufructu & uſu hactenus tractatum ſit: videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum eſſe: ſed in propoſitione, ſeu membro ſequenti, harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur ſingulæ: ſuſceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum univerſitas; tractationem de obligationibus, quia obligatio non eſt jus in rem, de cujuſmodi jure acquirendo nunc quæritur, ſed ad rem duntaxat, pariens creditori actionem in perſonam, non vindicationem rei. In poſterioris epilogo reſpicit ad *§. ſingulorum 11. ſup. tit. 1. de rer. div.* quo loco recepit, ſe poſt expoſitos modos acquirendi jure gentium dicturum eſſe de iis modis, quibus dominium nanciſcimur jure civili: quod eſt τὸ ἐφεξῆς. Modi acquirendi jure civili vel ſingulares ſunt, vel univerſales. Singulares, quibus acquiruntur res ſingulæ: univerſales, quibus una acquiſitione, tanquam per averſionem, acquiruntur bona alicujus univerſa: de quo genere acquiſitionis agere incipit *inf. §. ult. tit. 9.* hujus libri. Modi acquirendi jure civili res ſingulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, uſucapio *tit. ſeq.* & donatio *tit. 7.* Cur de legatis & fideicommiſſis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non ſimul tractare voluerit, dicetur *d. §. ult.* Pertinent item huc & alii modi: veluti cum poſſeſſori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invaſit, *§. 1. inf. vi bon. rap. l. 7. C. unde vi.* cum uno ex duobus, qui a Principe munus acceperunt, moriente abſque hærede, pars deficientis conſorti accreſcit, *l. un. C. ſi liberal. imp. ſoc. ſin. hared. dec. lib. 10.* item cum pupillo, & eccleſiæ acquiruntur res ex pecunia ſua emptæ abſque ulla traditione. *l. ult. C. de ſacroſ. eccleſ.* Mancipatio, quam Cicero in *Topic. traditionem nexu* vocat, & in jure ceſſio, de quibus Ulpian. *tit. 19.* Boet. *ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Juſtiniani exoleverant. Antiquitatis ſtudioſi adeant D. Ant. Contium. 1. *diſp.* 12. clariſſ. Salmaſ. *c. 8. de uſur.*

Titulus Sextus.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

D. Lib. 41. Tit. 3. C. Lib. 7. Tit. 21. & 33.

1. *Non ſatis conſiderate a D. Cujacio & aliis pro* præſcriptionibus *hic reponi* poſſeſſionibus.
2. *Quibus in rebus olim uſucapio & longi temporis præſcriptio differebant?*
3. *Falli, qui putant uſucapionem tantum eſſe rerum mobilium.*
4. *Quæ qua ſerie hoc titulo tractentur?*

In-

INter acquiſitiones juris civilis vel prima & præcipua eſt uſucapio. Nam etſi ea Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *lib.* XII. *de legib. p.* 697. in ſuam invexit rempub. tamen civili tantum ratione non etiam pure aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam, quam ceteræ acquiſitiones civiles, recedit. Utrum autem quid juri civili adſcribendum ſit, an juri naturali; id non ex nudo uſu populorum, ſed ex eo, quod ſuggerit ratio naturalis, æſtimandum eſt. §. 1. *ſup. de jure nat. gent. & civili*. Uſucapio, definitore Modeſtino *l.* 3. *hoc tit.* eſt adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. Quid ſingula definitionis ſibi velint, dicetur poſtea in explicatione §. *diutina* 7. *inf. eod.*

1 *Longi temporis præſcriptionibus*) Qui hanc partem inſcriptionis mutant, & pro *longi temporis præſcriptionibus*, reponendum arbitrantur, *longi temporis poſſeſſionibus*, inter quos ſunt Cujac. Hotom. Weſemb. Tim. Faber, quod & Pacius probat, illi nec mentem Juſtiniani, nec quid hoc tit. agatur, ſatis animadvertere mihi videntur. Mens Juſtiniani intelligitur ex eo, quod in principio commemorat conſtitutionem ſuam de uſucapione transformanda; qua conſtitutione cum duo diverſa eſſent genera acquiſitionis, uſucapio, & longi temporis præſcriptio, uſucapionem ita transformavit, ut tamen utrumque in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inſcriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo conjungit, uſucapionem aut longi temporis præſcriptionem, §. *pen. inf. per quas perſ. cuiq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim iſta duo appellantur a Cajo *l. qui alienam* 54. *in pr. de evictionib.* Hoc tantum intereſt, quod Cajus duo diverſa acquirendi genera, ut tunc erant, ſignificat, Juſtinianus unum & idem ex duobus iſtis a ſe conflatum: neque enim ſuſtulit ille longi temporis præſcriptionem, ſed auxit addita ei uſucapione in ſolo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de poſſeſſione, niſi per occaſionem, neque magis, quam de bona fide, aut juſto titulo: ſed de horum omnium concurrentium effectu, & acquiſitione ipſa, quæ olim duplex erat, uſucapio & longi temporis præſcriptio: quam utramque, ut diximus, ſic retinuit Juſtinianus, ut ex duabus unam fecerit.

2 Erat vero triplex inter uſucapionem & longi temporis præſcriptionem diſcrimen in rebus, in tempore, in acquiſitionis effectu. Uſucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici ſoli tantum, in mobilibus omnibus. Præſcriptio frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. Uſucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præſcriptio conſummabatur decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes. Uſucapio poſſeſſorem dominum efficiebat. Præſcriptio poſſeſſori non dominium tribuebat; ſed jus aliquod dominio ſimile & proximum: de quo dicam plenius poſtea. Haſce differentias ſuſtulit Juſtinianus, ſervato uno diſcrimine rerum mobilium & immobilium *l. un.*

3 *C. de uſuc. transform.* Eorum error manifeſtior eſt, quam ut refelli debeat, qui hæc genera ſic diſtinguunt, ut dicant, uſucapionem tantum eſſe rerum mobilium, longi temporis præſcriptionem rerum immobilium:

4 & vel unum hujus tit. principium hos refellit. Initio docetur, quæ res, quanto tempore, a quibus uſucapiantur? deinde de rebus agitur, quæ uſucapionem non recipiunt; tum de continuatione poſſeſſionis & conjunctione temporum: poſtremo de fiſci traditione & præſcriptione quadriennii fiſcali.

TEXTUS 1

Præcipua Uſucapionis requiſita. 1. Bona fides. 2. Poſſeſſio per tempus definitum continuata. 3. Juſtus titulus.

Jure civili conſtitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum eſſe, rem emerit, vel ex donatione aliave quavis juſta cauſa acceperit, is eam rem, ſi mobilis erat, anno ubique uno; ſi immobilis, biennio tantum in Italico ſolo uſucaperet: ne rerum dominia in incerto eſſent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis ſufficere ad inquirendas res ſuas præfata tempora, nobis melior ſententia reſedit, ne domini maturius ſuis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus, qua cautum eſt, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis poſſeſſionem, (id eſt, inter præſentes decennio, inter abſentes viginti annis) uſucapiantur. Et his modis non ſolum in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ noſtro imperio gubernatur, dominia rerum juſta cauſa poſſeſſionis præcedente acquirantur.

NOTÆ.

Bona fide) In quo tempus traditionis inſpicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur. *l.* 2. *pr. D. pro empt.*

Crederet dominum eſſe) Aut jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe. *l.* 109. *de verb. ſign.*

Biennio) Lex 12. tabb. uſucapionem fundi jubebat eſſe biennium: ceterarum rerum annum, Cic. *pro Cæc. cap.* 19. *&* 26. *& in Top. cap.* 4. de quo vid. Bud. *ad l.* 63. *D. de evict.* Cont. 1. *diſp.* 10. Salmaſ. *c.* 8. *de uſur.*

Juſta cauſa) Id eſt, juſto titulo: nam titulus eſt poſſeſſionis cauſa, *l.* 7. *C. de acquir. poſſeſſ. l.* 24. *C. de rei vind.*

Dominia acquiruntur) Recte igitur adhuc definietur uſucapio cum Modeſt. *l.* 3. *D. h. t.* adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti.

COMMENTARIUS.

1. *Auctoritatis verbo quid lex* 12. *tabb. intellexerit*
2. *In perſona uſucapientis quæ neceſſaria: & de bona fide.*

2. De

3. *De juſto titulo.*
4. *Cur prædia provincialia uſucapi non potuerint.*
5. *Juris de uſucapione conſtituti ratio & defenſio.*
6. *In incerto eſſe, an tempora uſucapioni a Juſtiniano præſtituta apud nos quoque obſervanda ſint.*

JUre civili) Hoc plerique ſic interpretantur, perinde ac ſi dixiſſet lege 12. tabb. & verum eſt, ex hoc fonte jus uſucapionum manare. Sed quod ſequitur de diſtinctione locorum, ex lege 12. tabb. eſſe non poteſt: quippe cum eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, adeoque anguſtiſſimis intra ipſum Italiæ ſolum finibus imperium Rom. contineretur. Credibile vero eſt, propagatis poſtea imperii finibus Juriſconſultorum diſputatione prædia Italici ſoli & provincialia jure auctoritatis diſtincta fuiſſe. Apud M. Ciceronem *in Top. cap.* 4. hæc leguntur: *Quoniam uſus, auctoritas fundi biennium eſt, ſic etiam ædium. At in lege ædes non appellantur.* Et *in orat. pro Cæcinna, cap.* 19. *Lex uſum auctoritatem fundi jubet eſſe biennium.* Unde exiſtimare licet, ſic lege ſancitum fuiſſe; *Uſus, auctoritas fundi biennium eſto. Ceterarum rerum annus eſto.* Auctoritatis verbo multa & diverſa ſignificantur. Vulgata non tangemus. Venulejus *l. ult. de evict.* auctoritatem interpretatur actionem pro evictione. Quo ſenſu etiam accipitur apud Paul. 11. *ſent.* 17. L. Seneca *lib.* IV. *natur. quæſt. Ergo ſi mihi parum credis, Poſſidonius tibi auctoritatem promittet*, id eſt, βεβαίωσιν. Scævola *l. ult. de pign. act.* inſtrumentum auctoritatis appellat, quod primo dixerat inſtrumentum emptionis; nimirum inſtrumentum, quo de evictione promiſſum eſt, aut omnino inſtrumentum, quo probatio juris noſtri, ſive ut vulgo loquuntur, tituli acquiſitionis continetur: cujuſmodi tabulæ inſtrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur. *l.* 24. *C. de fideic.* Sic apud M. Senecam *lib.* VII. *contr.* 6. quæ emptionis tabulæ primum, eædem poſt auctoritatis tabellæ nominantur. In lege Atinia, & in illo duodecim, *Adverſus hoſtem æterna auctoritas eſto*, verbo auctoritatis jus dominii ſignificatur, aut jus vindicandi, Grot. *in ſpar. flor.* Senſus hic eſt, ne peregrinus dominium rerum noſtrarum uſucapione nobis eripere poſſit. Cicero *pro Cæcin. cap.* 26. *Aquæductus, hauſtus, iter, actus a patre, ſed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili ſumitur. Rata auctoritas*, id eſt, *firmum ac fixum harum rerum jus.* Eodem ſignificatu & Scævola hac voce uſus eſt *l. ult. de aq. & aq. pluv.* In propoſito quoque puto Decemviros nomine auctoritatis intellexiſſe jus legitimi dominii, ut ſit ſenſus, uſus, qui auctoritatem, id eſt, juſtum dominium fundi afferat, ſit ſpatium biennii, qui ceterarum rerum, annus. Quod perinde eſt, ac ſi dixiſſent, *Fundus biennium poſſeſſus uſucapitor: cetera res annum poſſeſſa uſucapiuntor.* Cicero in *ea de Aruſp. reſp. cap.* 7. *Multa ſunt domus jure optimo, ſed tamen jure privato, jure hæreditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. Jure auctoritatis* perſpicuum eſt hic ſignificari ipſam uſucapionem, ſive jus legitimi dominii per uſucapionem quæſiti, non emptionem, quæ non mancipio facta eſt, ut vult doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. c.* 8. Neque enim dici poſſum jure optimo domum habere, cujus ex jure Quiritium dominus non ſum; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctiſſimus exiſtimat, legem 12. tabb. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decemviri voluerint non ultra biennium patere locum in rebus ſoli; in mobilibus, non ultra annum. At plerique omnes, qui in conditione uſucapiendi ſunt, re evicta ante impletam uſucapionem, actionem pro evictione non habent. Qui pro hærede, pro legato, pro derelicto, pro adjudicato, pro noxæ dedito, pro ſuo poſſidet, certo jure uſucapit; & tamen ſi res intra tempora uſucapionis evincatur, non eſt locus actioni ob evictionem, cujus hic periculum nemo præſtat. Sed neque ipſa evictio, ſeu jus, quod dominus habet rem a poſſeſſore judicio auferendi, intelligi poteſt: non enim eo principaliter hoc caput legis pertinet, ut ſciamus, quid juris domino relinquatur intra annum aut biennium, ſed quid uſus ſive poſſeſſio anni aut biennii tribuat utenti poſſidenti, nimirum rei poſſeſſæ legitimum dominium, ut patet ex definitione Modeſtini *l.* 3. *hoc tit.* Videſis Budæ. *ad l. Herennius* 63. *de evict.* Cont. 1. *diſp.* 19. Don. V. *com.* 20. & qui legem 12. tabb. commentariis illuſtrarunt, Balduin. Hotom. Marcil.

Bona fide) In perſona ejus, quem uſucapere volumus, hæc ſunt neceſſaria; ut poſſideat, ut juſte, ut continenter, ut per tempus lege definitum: quorum unumquodque, ut ſeſe offeret, ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide, ad juſtitiam poſſeſſionis pertinet, quemadmodum & illud, quod mox ſequitur, de cauſa. Igitur ad uſucapionem non ſufficit poſſidere, niſi & bona fide poſſideas. Bona fides æſtimatur ex eo, quod poſſeſſor putavit, eum, a quo rem accepit, dominum eſſe, aut jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur ſe quoque ſtatim dominum effectum eſſe, *l. bona fidei* 109. *de verb. ſign. l. qui a quolibet* 27. *de contr. emp.* §. *ſi quis* 35. *ſup. de rer. div.* Hæc autem opinio neceſſe eſt ut remota ſit ab errore juris. Nam juris error acquirere volentibus nunquam prodeſt: *l.* 7. *l.* 8. *de jur. & fact. ign.* ac proinde nec poſſeſſori in uſucapionibus; *l. nunquam* 31. *pr. hoc tit. l.* 1. §. *ſi pupillo* 15. *pro empt.* Ceterum ſufficit, ab initio bona fide poſſeſſionem nanciſci. Jure enim civili bene cœptam uſucapionem non impedit ſcientia rei alienæ poſtea ſuperveniens, *l. un. C. de uſuc. transform. l. bona* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* ſpectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l. ſi is* 15. §. *ult. l.* juſto 44. §. 2. *hoc tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inſpici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l.* 2. *pr. pro empt. l. pen. hoc tit.* Diverſitatis rationem indicat Paul. in ſtipulatione *d. l.* 15. *in fin.* quia, inquit, conceſſum eſt ſtipulari rem etiam, quæ promiſſoris non ſit, innuens, ſalva fide etiam ſcientes rem alienam ſtipulari nos poſſe: at non pati ſinceram fidem, ut rem alienam ſciens quis emat. Et ideo huic non præſtatur, *l. ſi fundum* 27. *C. de evict.* VINN. An vero & dubitans in bona fide eſt? Negat Pontifex *c. ult. X. de præſcr.* Sed ſane non dubitat, qui ſcit. Ergo dum poſſeſſor dubitat, adhuc ignorat alium dominum eſſe, adeoque eſt in bona fide ſecundum definitionem in *l.* 109. *ff. de V. S.* HEIN.

Rem)

Rem) *Corporalem* ſcil. nam res incorporales, veluti ſervitutes, per ſe uſucapionem non recipiunt, *l. 14. de ſerv. l. ſervus* 43. §. 1. *de acq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit poſſeſſio, in ea nec uſucapio cadit. Ceterum eſt in his rebus locus acquiſitioni longæ quaſi poſſeſſionis, & effectu juris quaſi uſucapiuntur, *l. ult. C. de præſc. long. temp. l.* 10. *ſi ſerv. vind.* vide quæ ſcripſi ad §. *ult. ſup. de ſerv.* Plane per conſequentiam etiam veteri jure uſucapiebantur, cum id prædium uſucaptum eſſet, cui ſervitus debetur, *l.* 10. §. 1. *hoc tit.* quanquam revera nihil hic uſucapitur, ſed prædium ſuæ conditiones ſequuntur, *l. via* 23. §. 2. *de ſerv. præd. ruſt.* de aliis rebus, quæ uſucapionem non admittunt, dicam §§. *ſeq.*

3 (*Aliave juſta cauſa*) Id eſt, juſto titulo, eoque qui idoneus ſit ad transferendum dominium: eos enim, qui nullo juſto titulo poſſident, ratio juris dominium quærere non patitur; *l. nullo* 24. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de præſc. long. temp.* eademque prorſus in propoſito ratio eſt dominii transferendi & transferendi conditionem uſucapionis; *l. nunquam* 31. *de acq. rer. dom.* §. *pen. inſ. per quas perſ. cuique acq.* (Juſta cauſa aut a privatis eſt, aut a judice, aut a magiſtratu, aut a nullo, ſed ab ipſa rerum conditione. A privatis, ſi quid ab his dominii transferendi cauſa traditur, ſolvitur, datur, derelinquitur) *l.* 3. §. *antep. de acq. poſſ.* cujus generis pleræque propriis titt. comprehenſæ in Pand. & C. A judice in adjudicationibus, quæ fiunt in judiciis diviſoriis, ſi videlicet de alienis fundis tanquam communibus actum ſit, *l. ſi per errorem* 17. *hoc tit.* alioqui ſtatim res ejus fit, cui adjudicata eſt, §. *ult. inſ. de off. jud.* A magiſtratu quibus in cauſis poſſeſſionem transferre poteſt ſiquidem juſte poſſidet, qui auctore prætore poſſidet. *d. l.* 3. *in fin. l.* 11. *de acq. poſſeſſ.* A nullo, quæ ſola occupatione, ſi nullius eſſent, ſtatim noſtra fierent. Hinc titulus poſſeſſionis ſpecialis pro ſuo, *l.* 2. *pro ſuo.* Generaliter quidem etiam, quiſquis ex juſta cauſa poſſidet, pro ſuo poſſidet, *l.* 1. *eod.* verum ex ſpeciali titulo certa uſucapio; ex generali nulla, niſi ſpecialis aliqua cauſa, puta emptio, donatio, &c. præceſſerit: nec ſola exiſtimatione noſtra, ſed revera. *l. Celſus* 27. *hoc tit.* de quo plenius poſtea.

Si mobilis erat, anno ubique uno) *Ubique*, tam in provinciis, quam in Italia. Nam cum res mobiles ſolo non cohæreant, loco diſtingui non potuerunt: & conditione ſua omnes uſucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut uſucapio in iis non haberet locum: qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus uſucapioni rerum mobilium præfinitum ſit, quam immobilium, id eam rationem habere putant, quod regulariter minus in illarum, quam harum amiſſione præjudicium vertitur: cum alioqui longius tempus poſcere videatur uſucapio rerum mobilium, utpote quæ occultari poſſunt, quam prædiorum. Sed hoc nihil eſt: nam occultatio illa vitio furti rem afficit, & uſucapioni eximit. Non alia ratio eſt, quam ea, quam hic indicat Juſtinianus poſt Cajum *l.* 1. *hoc tit.* quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino ſufficere ad inquirendas res ſuas: poſſe ſcil. quemlibet patremfamil. res mobiles uno ſemeſtri recenſere, & altero, quæ deſiderantur, quærere; prædia uno anno luſtrare, & quæ ab alio poſſeſſa invenerit, altero anno recuperare. Quod & Varro *de re ruſt.* bono patrifam. faciendum eſſe monet.

Immobilis, tantum in Italico ſolo) Aut eo, quod jus Italici ſoli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l.* 1. *de cenſib.* in quibus prædiis mancipationi & uſucapioni locum fuiſſe dubitandum non eſt. His exceptis prædia provincialia ne- 4
que a poſſeſſoribus mancipio dari, neque ab alio uſucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritium erat, plenumque jus & dominium Quiritiarium continebat. Poſſeſſores autem prædiorum provincialium directi domini & pleno jure non erant: ſed jus ſummum dominii populus Romanus ſibi reſervare conſueverat, cum ea bello capta veteribus dominis reſtitueret, inque argumentum retenti juris annuum iis vectigal imponere. Ceterum jus, quod poſſeſſoribus relictum erat, uti id a domino juris ſtatim in alios traditione transferri poterat, ita & a bonæ fidei poſſeſſore longi temporis poſſeſſione acquiri, ne ſemper inquietaretur, quæ acquiſitio præſcriptio dicebatur, *l. qui alienam* 54. *in pr. de evict. l. ſi duo* 13. §. 1. *de jurejur. l. ei a quo* 21. *hoc tit.* Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amiſſa poſſeſſione, utili actione perſequi, *d. l.* 13. §. 1. *de jurejur. l.* 8. *C. de præſc.* 30. *ann.* heredibus denique relinquere, & in alios quoſvis transferre licebat. Jus nimirum aliquod reale, ſimile emphyteutico, quod proxime ad jus dominicum accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile. Repetantur, quæ notavimus *ſup. per traditionem* 40. *de rer. diviſ.* Poſtquam autem Juſtinianus, quod præſcriptioni deerat, ex uſucapione ſupplevit, unumque genus acquiſitionis ex duobus fecit, certum eſt, poſſeſſione longi temporis juſtum & directum dominium poſſeſſori acquiri.

Ne rerum dominia in incerto eſſent) Si jus de uſucapione conſtitutum æſtimetur ex meris præceptis juris naturæ, ſive gentium, defendi ab iniquitate non poteſt: ſed quod ex iniquo habet, id contra ſingulos rependitur utilitate publica. Bono enim publico uſucapio 5
introducta eſt, ne ſcilicet diu rerum dominia in incerto eſſent, *l.* 1. *hoc tit.* quippe incertitudo dominii facit, ut res quæque negligentius habeatur, agri minus diligenter colantur: parit lites & controverſias, quibus occurri publice intereſt: atque ut occurratur, & litium aliquis ſit finis, uſucapio conſtituta eſt, *l. ult. pro ſuo. l.* 2. *in pr. de aq. & aq. pluv.* & ideo Cicero in *orat. pro Cæcin. cap.* 26. uſucapionem appellat *finem ſollicitudinis & litium.* Plato XII. *de legib.* Hæc igitur cauſa legiſlatores movit, ut uſucapionem introducerent: ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præſtituerunt, quæ abunde dominis ſufficerent ad inquirendas res ſuas, eaſque ſibi aſſerendas, & poſſeſſionem alterius interpellandam. Quod ſi facere negligant, & patiantur, uſucapi, ſuamet ipſorum voluntate quodammodo rem alienari videntur, *l. alienationis* 28. *de verb. ſign.* Quanquam etiam contra ignorantem rem ſuam ab alio poſſideri uſucapio procedit, *l. un. C. de uſuc. transform. l. ult. C. de præſc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod ex

ex uſucapione eſt, penſatur egregio publico, in quo vera & ſolida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquiſitionis defenſio ſit contra eos, quibus ea genere ipſo injuſta videtur. Appellat ſane Juſtinianus præſcriptionem *impium præſidium & improbam temporis allegationem*, *Nov.9.* verum non ſimpliciter, ſed quatenus eo præſidio homines ſcienter abutebantur contra conſtitutionem ipſius, & adverſus bona ac ſubſidia Eccleſiarum. Poſtea tamen conſtitutionem iſtam abrogavit, experimento doctus, eam ex uſu reip. non eſſe. *Nov.111. & 131. cap. 6.* VINN. Nec tamen defendi non poteſt uſucapionis juſtitia: ſi reſpiciamus ad ejus fundamentum. Qui intra tantum temporis ſpatium, puta intra decem vel viginti annos rerum ſuarum nullam curam egit: is ſane eas videtur pro derelictis habuiſſe: maxime quum res immobiles, earumque ſitus latere vix poſſint. Si dicas, domino defuiſſe occaſionem vindicandi, quidni poſſeſſorem ſaltim denunciatione interrupit? Ei quidem, qui rem pro derelicta habet, animum eſſe debet & conſilium derelinquendi, quale hic in domino eſſe negant, ſed juſtiſſime leges hujuſmodi conſilium præſumunt ex negligentia domini, intra tantum temporis ſpatium rem non vindicantis. Si enim juſta ipſi cauſſa ſit, cur vindicare non potuerit, veluti abſentia reip. cauſſa, minor ætas &c. leges ipſi haud negant reſtitutionem in integrum & uſucapionem reſcindunt. HEIN.

Ne domini maturius rebus ſuis defraudentur). Id eſt, ne maturius res ſuas amittant, ne poſſeſſionibus ſuis citius, quam par eſt, cadant, ut eſt in *d. l. un. C. de uſuc. transform.* Uſus autem eſt verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis anguſto temporis ſpatio uſucapionem terminabat, remque alienam excluſo domino addicebat poſſeſſori. Ceterum quod proprie hoc verbum ſignificat, per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua poſſeſſori permiſſum fuit.

Conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus) Ea eſt *l. un. C. de uſuc. transform.* qua lege, cum jam antea ſuſtuliſſet antiquam diſtinctionem dominii in bonitarium & Quiritarium, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* hoc inſuper conſtituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis cenſerentur, atque æque ut Italica, eodemque effectu uſucapi poſſent. Præterea tempora uſucapionum tam in rebus mobilibus, quam in rebus ſoli in tantum prolongavit, ut nulla juſta querimonia ſuperſit, ſi tam longo tempore continuata poſſeſſio poſſeſſorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa conſtitutionis eſt, ut qui rem a non domino accepit ex juſta cauſa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præſentes, per viginti inter abſentes continenter poſſedit, is ejus rei dominus pleno jure efficiatur. Quod jus etiam hodie apud nos obtinere debere multi contendunt. Alii ad rerum immobilium præſcriptionem ſive uſucapionem triginta requiri annos, aut tertiam ſeculi partem exiſtimant. Apud Zelandos adverſus præſentes annis viginti, adverſus abſentes triginta annorum ſpatio res ſoli certo jure uſucapiuntur, *cap. 2. ſtat. Zeland. art. 2.* In hoc autem nunc fere a jure civili receſſum eſt, quod in præſcriptione, quantumvis longiſſimi temporis, non tantum bonum poſſeſſionis initium requiritur, verum etiam bonæ fidei perſeverantia, juxta ſcita juris Canonici. *c. fin. x. de præſcript.* cum jure civili ſufficiat poſſeſſionem ab initio bona fide nanciſci, nec bene cœpta uſucapio aut præſcriptio interpelletur incidente poſtea mala fide, *d. l. un. de uſuc. tr.* quin nec bonum initium in præſcriptione 30. annorum jura civilia deſiderent, *d. l. 3. l. 4. C. de præſcr. 30. an.* Clariſſimus Grotius *lib. II. manuduct. ad juriſp. Bat. cap. 7.* tradit, duplicem in hac regione uſucapionem ſeu præſcriptionem rerum ſoli in uſu antiquitus fuiſſe, unam brevioris, alteram longioris temporis. Brevem fuiſſe unius anni & diei, eamque jure ſingulari multarum civitatum & agrorum tunc locum habuiſſe, cum prædium aliquod venditum eſſet interveniente auctoritate & cognitione Scabinorum, aliorumve, qui juriſdictioni præſunt, idque prædium per illud tempus ab emptore ſine interpellatione poſſeſſum eſſet. Longam fuiſſe tanti temporis, quantum tertia pars ſeculi continet, id eſt, annorum 33. & 4. menſium; cui locus erat in alienatione rei immobilis facta abſque cognitione publica. Et hoc ſequendum etiamnum putat. De præſcriptione tanti temporis juxta conſuetudinem Gelriæ ex profeſſo diſſerit doctiſſimus Lamb. Goris *adverſ. jur. tract. III. cap. 9.* Vix autem eſt, ut aliquid certi ſecundum mores hodiernos hic definiri poſſit, vid. Groenew. *ad rubr. C. de præſcr. 30. annorum & ibi laudat.*

Decennio inter præſentes, viginti annis inter abſentes) Explicat quantum tempus intelligat per poſſeſſionem longi temporis, nimirum inter præſentes, id eſt, qui in eadem provincia ſunt, *l. ult. C. de præſcr. long. temp.* decem annos, inter abſentes viginti. Atque ita ſicut ex veteri uſucapione effectum ſumit & acquiſitionem veri dominii, ita ex veteri præſcriptione ſumit ſpatium temporis, atque id ad uſucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquiſitionis ſpeciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem ſuperſit; præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem, ut usucapio, titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longisſimi, ſc. 30. vel 40. annorum, alia ratio eſt, quæ ſolo temporis lapſu poſſeſſorem tuetur.

TEXTUS.

Quæ uſucapi poſſunt vel non. De his quæ ſunt extra commercium, de ſervo fugitivo.

1. *Sed aliquando, etiamſi maxime quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi uſucapio ullo tempore procedit: veluti ſi quis liberum hominem, vel rem ſacram vel religioſam, vel ſervum fugitivum poſſideat.*

NOTÆ.

1. *Liberum hominem, &c.*) Quia hæ res omnem reſpuunt acquiſitionem, nec in bonis eſſe poſſunt. *l. 9. D. h. t. §. 2. inf. de inut. ſtip.* Res quoque incorporales, vel-

veluti ſervitutes, natura ſua uſucapionem non recipiunt, *l. 14. ff. de ſerv. l. 43. de acq. rer. dom.* Ceterum effectum juris diuturno uſu & ipſæ quaſi uſucapiuntur, *l. 10. ſi ſerv. vind. l. ult. C. de præſcr. long. temp.*

Servum fugitivum) Defenditur tamen poſſeſſor fugitivi 30. annorum præſcriptione, *per l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann.*

COMMENTARIUS.

HOc §. & aliquot ſequentibus diſputatur de rebus, quæ etſi corporales ſunt, uſucapionem tamen non recipiunt: ſed quia multæ, quæ in hoc numero ſunt, hic non commemorantur, ecce tibi in ſumma omnes exhibebo. Quarundam rerum ea natura eſt, ut omnem omnino acquiſitionem, qualiſcunque ea ſit, reſpuant, & conſequenter ſimul uſucapionem: cujuſmodi ſunt, quæ commercio humano ſunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non poſſunt, ut homo liber, res ſacræ religioſæ, ſanctæ, publicæ populi aut civitatum. *l. 4. l. 6. de cont. empt. l. 9. hoc tit.* Quædam etiam res ſunt, quæ cum ſint in bonis & acquiri poſſint, uſucapi tamen non poſſunt, lege earum uſucapionem prohibente. In hoc genere ſunt res fiſci, *§. 4. inf. l. quamvis 18. eod.* res dominicæ. *tit. C. ne rei dom. vel templ. vind.* civitatum, Eccleſiarum, gerontocomiorum & locorum ſimilium, *l. 23. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Novell. 9. 111. & 131. c. 6.* res furtivæ & vi poſſeſſæ, *§. ſeq.* præſidi contra legem Juliam datæ, *bona l. 48. de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Jul. rep.* res pupillorum, *dict. l. 48. l. 3. C. quibus non obſt. long. temp. præſc.* quia nec præſcriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l. 3. C. de præſc. 30. ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. C. in quibus ca. in int. reſt.* bona adventitia filiifam. *l. 1. §. 2. C. de annal. exc.* fundus dotalis, cujus quoque alienatio lege Julia prohibita eſt, *l. 4. de fund. dotal.* hoc ipſo etiam uſucapionem prohibitam eſſe pro certo ſtatuit Tryphoninus in *l. ſi fundum 16. eod. tit.* Poſtremo res teſtamento alienari prohibitæ. *l. 2. C. pro empt. l. ult. §. ſin autem 3. C. com. de legat.* Jam pergamus.

Liberum hominem) Sola temporis longinquitate, etiamſi ſexaginta annorum curricula exceſſerit, libertatis jura non mutilari a Conſtantino reſcriptum eſt. *l. ult. C. de long. temp. præſc. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapſu libertati præſcribatur; ſed quia raro homines diutius vivunt. Etenim nec centum annorum præſcriptio hic ſuffecerit, ut bene iſtic Accurſ. quoniam nulli omnino hic locus eſſe titulo poteſt. Poſſeſſores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamſi nec titulus probetur, nec bona fides, *l. 3. l. 4. C. de præſc. 30. ann.* Ceterum res ipſas, quæ poſſidentur, tales eſſe oportet, ut juſto titulo acquiri, & dominio noſtro ſubjici poſſint.

Servum fugitivum) Hic ſervus pertinet ad prohibitionem, *§. ſeq.* quippe qui ſui ipſius furtum facere intelligatur *l. ancilla 60. de furt. l. 1. C. de ſerv. fug.* Accurſius putat, dominum ne 30. quidem annorum præſcriptione excludi, eo quod poſſeſſionem fugientis ſervi retineat. *l. 1. §. per ſervum 14. l. rem quæ 15. in fin. de acq. poſſ.* Quod ineptum eſt. Nam cum de uſucapione aut præſcriptione quæritur, neceſſe eſt, ejuſmodi caſus ponatur, quo alius ſervi poſſeſſionem nactus ſit. Hoc vero cum ſit, dominus poſſidere deſinit.

TEXTUS.

De rebus furtivis & vi poſſeſſis.

2. *Furtivæ quoque res, & quæ vi poſſeſſa ſunt, nec ſi prædicto longo tempore bona fide poſſeſſæ fuerint, uſucapi poſſunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum & lex Attilia inhibent uſucapionem; vi poſſeſſarum, lex Julia & Plautia. Quod autem dictum eſt, furtivarum & vi poſſeſſarum rerum uſucapionem per leges prohibitam eſſe, non eo pertinet, ut ne ipſe fur, quive per vim poſſidet, uſucapere poſſit, (nam his alia ratione uſucapio non competit; quia ſcilicet mala fide poſſident) ſed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia cauſa acceperit, uſucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei poſſeſſoribus uſucapio competat. Nam qui ſciens alienam rem vendiderit, vel ex alia cauſa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter ſe habet. Nam ſi heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depoſitam, exiſtimans, hæreditariam eſſe, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, uſucapere poſſit, dubium non eſt. Quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit: quum utique heres, qui bona fide tanquam ſuam alienaverit, furtum non committat. Item ſi is, ad quem ancillæ uſuſfructus pertinet, partum ſuum eſſe credens, vendiderit, aut ſi donaverit, furtum non committit. Furtum enim ſine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere poteſt, ut quis ſine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut a poſſeſſore uſucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expedit, jus ita procedit, ut, ſi quis loci vacantis poſſeſſionem, propter abſentiam aut negligentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi nanciſcatur, quamvis ipſe mala fide poſſideat, [quia intelligit, ſe alienum fundum occupaſſe] tamen, ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res*

 ac-

acquiri: quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum acceperit. Abolita eſt enim quorundam veterum ſententia, exiſtimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res ſoli poſſident, principalibus conſtitutionibus proſpicitur, ne cui longa & indubitata poſſeſſio debeat auferri.

NOTÆ.

1. *Lex Attilia*) In Pand. Flor. *Atinia. l. 4. §. 6. l. 33. pr. h. t. l. 215. de verb. ſign.* Auctoritas, ait Grot. in *ſparſ. Flor.* eſt jus vindicandi. VINN. Recte hæc lex dicitur *Atinia*: non *Atilia*, uti apparet ex Gell. *Lib.* XVII. *Cap.* 7. Ex quo etiam diſcimus, hanc legem antiquiorem eſſe temporibus Scævolæ, Bruti, Manilii, P. Nigidii, JCtorum. Vero ſimile itaque eſt eam latam A. U. C. IↃLVI. C. Cornelio Cethego, & Q. Minucio Rufo Coſſ. a C. Atinio Labeone, Tribuno plebis. Steph. Vin. Pigh. *Annal. Rom. Tom. II. p.* 255. HEIN.

Ab eis bona fide emerit) Aut ab aliis, qui jam ante a fure aut violento poſſeſſore rem acceperunt.

Bona fide accipienti) Species: Cum Titius longo tempore abeſſet, fundumque ſuum incultum relinqueret, eum Sejus occupavit: ac mox vendidit & tradidit Sempronio ignoranti fundum alienum eſſe. Hic etſi ipſi quidem Sejo non proceſſiſſet uſucapio propter malam fidem; procedet tamen Sempronio bonæ fidei poſſeſſori: quia neque furtivum neque vi poſſeſſum accepit. VINN. Sunt hæc ex Theophili paraphraſi h. §. deſcripta. HEIN.

Quorundam ſententia) *l. 38. h. t.* Inter hos & Sabinum fuiſſe teſtatur Gellius *l. XI. c. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Aliquo caſu qui ſciens rem alienam vendit, furtum facere non videri.*
2. *Emendationem Cujacii verſ. Quod autem: non eſſe neceſſariam.*

FUrtivarum rerum lex 12. tabb. & lex Atinia) Utriuſque hujus legis etiam meminit Julian. *l. non ſolum 33. in pr. hoc tit.* Verba legis Atiniæ prodit Gellius *lib.* XVII. *c.* 7. *Quod ſurreptum erit, ejus rei æterna auctoritas eſto.* Quorum verborum hic ſenſus eſt; Ejus rei, quæ ſurrepta eſt, dominium a domino nunquam recedat; jus & poteſtatem habeat ſemper eam vindicandi; nec ullo uſu alteri acquiratur. Fabrot. Quam ſententiam fuiſſe legis, ex eo liquet, quod lex ita accepta eſt, quaſi interdiceret rei furtivæ uſucapionem. Eademque ſententia eſt ejus, quod apud Ciceronem *lib. 1. de Offic. cap. 12.* legimus; *Adverſus hoſtem æterna auctoritas eſto.* Procul dubio autem lege Atinia quædam addita ſunt, de quibus prius lege duodecim nihil cautum fuerat: & Paulus legi Atiniæ tribuit hoc caput, quod eſt de uſucapienda re furtiva, cum in poteſtatem domini rediit, *l. 4. §. quod autem 6. hoc tit. l. poteſtatis 215. de verb. ſign.*

Vi poſſeſſarum lex Julia & Plautia) Leges hæ non uno tempore latæ; alioqui Julia Plautia diceretur ſine copula, ut Plautia Papiria, Papia Poppea, Junia Norbana, &c. ſed Plautia de vi, item Julia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in Pand. præponitur, *l. non ſolum 33. §. 2. hoc tit.* Ait, *vi poſſeſſarum.* Vi poſſeſſa res ſit oportet, ut uſucapi nequeat: neque ſufficit, vi aliquem de prædio dejectum eſſe, niſi qui dejecit, poſſeſſionem occupavit. Quod ſi ille ingreſſus non fuerit, ſed alius in vacuam poſſeſſionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini poteſtatem redeat, a bonæ fidei poſſeſſore uſucapi, *l. 4. §. ſi tu. 22. l. 33. §. 2. eod.* VINN. Docte notat Vinnius binas has eſſe leges: & tamen illarum, tanquam unius meminerunt leges noſtræ etiam alibi, *l. 33. §. 2. ff. de uſurp. & uſuc. Plautia*, vel Plotia de vi lata eſt a M. Plautio, Trib. pl. anno U. C. IↃCLXIV. Cn. Pompejo Strabone & L. Porcione Catone Coſſ. Julia autem non alia eſt, quam illa de vi publica & privata a Juſio Auguſto lata. Vid. *Antiqu. Rom. noſt. Lib. II. tit.* VI. *§. 5. p.* 405. HEIN.

Quod autem dictum eſt) Superfluum, hoc monere. Fruſtra enim prædictæ leges latæ fuiſſent, ſi nihil aliud caverent, quam ut ne fur ipſe, aut qui per vim poſſidet, uſucapere poſſent. Quippe qui nec ante legem Atiniam aut Plautiam uſucapere potuerunt certo jure, propter malam fidem, quam manifeſtum eſt uſucapioni ſemper obſtitiſſe. Hoc tantum proſpicere leges voluerunt, ne maleficium alienum cauſam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide) Aut etiam ab aliis, qui jam ante a fure aut violento poſſeſſore rem acceperunt. Nam res cum ſuo vitio, quo ab initio affecta eſt, tranſit *l. 7. C. pro empt. l. vitia 11. C. de acq. poſſ.* Ut autem a bonæ fidei poſſeſſore uſucapi poſſit, talem eſſe oportet, ut in ſe non habeat vitium, *§. noviſſime 5. inf. eod.* Denique ubi lex ſimpliciter inhibet uſucapionem, bona fides poſſidenti ad uſucapionem rei nihil prodeſt. *l. ubi 24. hoc tit.* Plane præſcriptio triginta annorum dominum repellet: ſic enim conſtitutum eſt de actionibus omnibus, ſive in rem ſint, ſive in perſonam, ut triginta annorum jugi ſilentio præſcriptione excludantur: uſque adeo, ut in rebus poſſeſſis hoc etiam ipſis malæ fidei poſſeſſoribus tribuatur, *l. 3. l. 4. C. de præſc. 30. ann.* quanquam id ſecta noſtrorum temporum non admittit.

Unde in rebus mobilibus non facile procedit) Quia rerum mobilium tantum, non etiam immobilium, furtum fieri poteſt, inde colligit, uſucapionem in rebus mobilibus difficilius & rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxiæ ſunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quiſquis enim rem alienam mobilem ſciens quacunque ex cauſa alii tradit, eum furtum committere; quod etiam ſcriptum eſt *l. 1. C. pro empt. l. 2. C. pro donat.*

Qui ſciens rem alienam vendiderit) Videamus, an non 1
aliquo caſu hæc regula vitietur. Finge hæredem rem defuncto commodatam, quam hæreditariam eſſe putabat, vendidiſſe & tradidiſſe bona fide accipienti: emptorem, cum eſſet in conditione uſucapiendi cognoviſſe, rem alienam eſſe. Conſtat, non interrum-

ſit uſucapionem: ſed quæro, an, ſi poſſeſſor eam rem, antequam uſucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendus ſit? Et quidem quamdiu res uſucapta non eſt, aliena eſt, ut ſi verbis regulæ præciſe ſequamur, dicendum ſit, furtum committi: ſed puto, hoc in propoſito non debere admitti; & regulam procedere, cum quis ab initio ſcivit, rem alienam eſſe; qui cum uſucapere non poſſit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam etſi ſibi eam retineat intervertendi cauſa, furtum facit. *l. inficiando 67. de furt.* At vero qui bonum initium habet, cum poſſit ipſe continuando poſſeſſionem rem uſucapere, non poteſt videri furtum committere, ſi alteri eam tradat. Cujac. *ad l. 7. §. procurator 6. pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter) Dixit modo rerum mobilium difficilem eſſe uſucapionem, idque probavit hac ratione, quod res alienæ mobiles difficulter transferantur, quin in vitium furti cadant. Id nunc oſtendit aliquando aliter ſe habere, & non uno etiam modo citra furtum accidere poſſe, ut res aliena alteri vendatur aut donetur, ac proinde totidem modis fieri, ut a bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queat. Locus hic deſcriptus eſt ex Cajo *l. poteſt 36. h. tit.* non iiſdem quidem verbis, ſed idem ſignificantibus, æque claris ac perſpicuis. Quod ideo moneo, quia Hotomannus ſcribit, Tribonianum hoc loco non ſatis ad ſuum negotium attentum fuiſſe, & verba hujus textus nihil ſignificare. Mihi ipſe Hotomannus, dum hæc ſcriberet, vigilaſſe non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit aut donaverit) Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis ſit abſque furto: utrumque ex Cajo *d. l. 36.* Unus hic eſt ſi hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depoſitam, exiſtimans, eam hæreditariam eſſe, tanquam ſuam alienaverit. De hærede ipſo rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propoſitum erat, ſine vitio furti aliquando rem alienam transferri poſſe, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipſe hujuſmodi rem uſucapere poſſit, videbimus poſtea ſub *§. diutina 7. inf. eod.*

Partum ſuum eſſe credens) Caſus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non eſt, ſed ad dominum proprietatis pertinet. *§. in pecudum 37. ſup. de rer. div.* Sed nec fructuarius uſucapere partum poteſt, ſive ſciat, partum alienum eſſe, ſive ad ſe pertinere putet: quia juris hic error eſt; qui poſſeſſori in uſucapione non prodeſt. *l. nunquam 31. hoc tit.* Ceterum ſi partum ſuum eſſe credens, forte errori cauſam præbente, quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit a bonæ fidei poſſeſſore uſucapi, *d. l. 36. §. 1.* quippe cum hic nihil ſit in perſona accipientis, quod uſucapioni obſtet, neque furti vitio res affecta ſit: non enim ſi fructuarius ignorantia juris partum, ut ſuum vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cum furtum non committatur ſine animo & affectu furandi, qui in errante nullus eſt, *l. furtum 37. eod. §. placuit 7. inf. de obl. quæ ex del.* vulgatumque eſt, quamvis vel fatuam exiſtimationem excuſare a dolo, *per l. 1. in fin. de abigeis, l. 14. C. ad l. Fab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere poteſt) Alius modus eſt apud Cajum *d. l. 36. §. 1.* ſi quis ſcil. errore aliquo lapſus crediderit ſe hæredem eſſe, cum non eſſet, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papinian. *l. mandatum 57. mandat.* ſi hæres defuncti mandatarii quid diſtraxerit animo exequendi, quod defunctus ſuæ curæ fecerat. Duo alii ſunt apud Pompon. *l. 5. pro derel.* Si quis id, quod pro derelicto habitum poſſidebat, vendiderit; item ſi quis rem vendiderit ab uxore ſibi donatam: uſque adeo ut his non obſtet uſucapioni, quod emptor ſciverit, rem in ea cauſa eſſe: quia quaſi volente & concedente domino venditur, *d. l. 5. pro derel.*

Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expedit jus ita procedit, ut, ſi quis) D. Cujacius hunc locum ſic reſtituit: *Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expeditius procedit, ut quis, &c.* Ut hæc phraſis *quod ad eas res, quæ ſolo continentur*, ſit elliptica, & intelligatur verbum *attinet*, & quia tunc nondum totius loci ſententia conſtat, inter colon & conjunctionem diſcretivam, *quamvis*, ponit relativum *qui*. Ut ſit hæc ſententia; Expeditius procedit, ut quis ſine vi nanciſcatur rei alienæ immobilis poſſeſſionem, quam rei mobilis ſine furto; ac proinde etiam facilius eſt, ut res immobiles a bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queant. Quæ ſententia quidem vera eſt: ſed non ideo neceſſe eſt quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta eſt & aperta ſententia, atque effectu pene eadem: nimirum hæc; *Quod ad res immobiles attinet.* Pro quo Tribonianus dixit, *Expedit, jus ita procedere, ut ſi quis fundi aut loci alieni poſſeſſionem nactus ſit ſine vi, licet mala fide, de quo dubitari præcipue poterat, is eum locum aut fundum in alium bona fide accipientem transferre poſſit cum conditione uſucapiendi, in qua ipſe propter malam fidem non erat: quoniam neque vi poſſeſſum accipitur, neque furtivum; cum rerum immobilium furtum fieri non intelligatur. l. furtum 37. §. 1. & l. ſeq. hoc tit.* Unde hæc ſumpta ſunt. In re autem aliena mobili ſecus eſſe, quæ a ſciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem cauſam non video, cur reſtitutio Cujacii quibuſdam tantopere placeat. Vinn. At quis vel barbaro ævo ita loquutus eſt: *Quod ad hanc rem expedit*: pro *attinet*? Recte itaque Cujacius vidit hic ellipſin eſſe: *quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur*, (ſcilicet attinet:) Recte etiam pro *expedit* reſcripſit *expeditius*. Sed ego poſtremas ſyllabas *expeditIUS* ex lege geminationis legendas puto: *expeditius jus ita procedere*, quo facto ſine ulteriore emendatione totius loci ſententia conſtat. Hein.

Vacantis propter abſentiam aut negligentiam) Simplex abſentia domini poſſeſſionem vacuam non facit: quippe quam conſtat ſolo animo retineri, *l. 3. §. ſaltus 11. l. 6. §. 1. de acq. poſſ. §. poſſidere 5. inf. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus eſt de abſentia domini diuturna, rem ſuam penitus negligentis & relinquentis incultam. Et Cajus hoc expreſſit, *longo tempore, d. l. furtum 37. §. 1.* Illi perſpicue errant, qui locum vacantem interpretantur a domino derelictum. Quippe res pro derelicto habita ſtatim fit occupantis, *§. pen. ſup. de rer. div.* qui vero hic vacuus dicitur, negatur etiam uſucapi ab occupante poſſe, uti & in *l. quam rem 38. eod.* Errat & Gloſſa, quod putat, quæ hic ſcripta ſunt, correcta eſſe per *l. ult. C. und. vi.* eoque

no-

tinent, *l. quidam 96. §. 1. l. ſi linoſam. 114. §. 2. de legat. 1. l. 1. de jur. fiſc. l. 1. C. de quadr. præſcr. l. 1. C. de bon. vac. &c.* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur *lib. II. Feud. tit. quæ ſint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujuſmodi bona aliamve rem ad fiſcum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *tit. de jur. fiſc. paſſim.* ſimiles fere antiquis quadruplatoribus, de qua voce vide *Feſt.* Bonorum vacantium, numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quod in fiſcum certis de cauſis cadunt. Verum caduca pene a Juſtiniano ſublata ſunt, *l. un. C. de cad. toll.*

Fiſco nondum nuntiatis) Nempe a delatoribus, qui nuntiabant, aliquid cecidiſſe in fiſcum, *paſſim tit. de jur. fiſc.* de quo ex profeſſo Gudelin. *lib. v. de jur. noviſſ. c.* 10.

Uſucapione poſſe) Opus tamen ad introducendam uſucapionem rerum vacantium fuiſſe reſcriptis, indicat hic locus, & *d. l. 18. eod.* quippe bona vacantia ad fiſcum pertinent ipſo jure, etſi in patrimonio fiſci non videantur computari, antequam nunciata ſunt, & fiſcus ad ea animum adjecit. Videtur autem Juſtinianus hic tollere præſcriptionem quadriennii, quæ bonorum vacantium poſſeſſori dabatur adverſus fiſcum poſt quadriennium agentem, *l. 1. C. de quadrien. præſc. l. 1. §. 2. de jur. fiſc. l. 10. de div. tem. præſcr.* Nam olim quidem hic ſua utilitas & præſcriptioni quadrienii & uſucapioni anni aut biennii adverſus fiſcum fuit: præſcriptioni in eo, quod fiſco ea obſtabat ſine conſideratione bonæ aut malæ fidei poſſeſſoris: quippe cum hoc tempus actioni fiſci præſtitutum eſſet, uti quinquennium vindicandæ rei, quæ in commiſſum cecidiſſet, *l. 4. C. de vect. & comm.* uſucapioni in eo, quod breviori tempore implebatur. Si vero idem tempus in uſucapione rerum immobilium vacantium adverſus fiſcum deſideramus, quod aliarum hujus generis rerum uſucapioni Juſtinianus præſtituit, poterit fiſcus uſque ad 10. annos quæſtionem de his rebus movere, neque amplius finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Juſtiniani fuerit: argumentoque eſt, quod Tribonianus in *l. quamvis 18. hoc tit.* pro eo, quod Modeſtinus ſcripſerat, *uſucapiet*, repoſuit, *diutina poſſeſſione capiet*: uti primæ notæ ſcriptores omnes profitentur. Hæc vulgo intacta.

TEXTUS.

Regula generalis.

5. ***Noviſſime ſciendum eſt, rem talem eſſe debere, ut in ſe non habeat vitium, ut a bonæ fidei emptore uſucapi poſſit, vel qui ex alia juſta cauſa poſſidet.***

COMMENTARIUS.

Concluſio ſuperiorum. In ſumma autem hoc dicit, non ſufficere poſſeſſori ad uſucapionem, quod bona fide poſſideat, quod rem ex juſta cauſa ſeu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, niſi res ſit integra, & in ſe nullam vitium habeat, id eſt talis ſit, quæ neque natura, neque lege uſucapioni exempta eſt, *fac. l. ubi 24. hoc tit. l. 5. C. pro empt.* De poſſeſſione, quæ fundamentum eſt & uſucapionis cauſa proxima, deque ejus continuatione, dicam ad *§. diutina 7. inf.*

TEXTUS.

De errore falſæ cauſæ.

6. ***Error autem falſæ cauſæ uſucapionem non parit; veluti ſi quis, quum non emerit, emiſſe ſe exiſtimans, poſſideat, vel quum ei donatum non fuerit, quaſi ex donato poſſideat.***

COMMENTARIUS.

JAm ante dictum eſt, nulla juſta cauſa poſſeſſionis præcedente, uſucapionem aut longi temporis præſcriptionem non procedere. *l. nullo 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præſc. long. temp. l. 6. C. de acq. poſſ.* Hæ cauſæ in uſu juris etiam tituli appellantur, *l. ult. C. de uſuc. pro hær. d. l. nullo C. de rei vind. d. l. 4. C. de præſc. long. temp.* Juſtæ autem cauſæ poſſeſſionis ſunt eædem, quæ & dominii acquirendi. *l. 3. §. 21. de acq. poſſ.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falſæ cauſæ, id eſt, opinio juſti tituli, uſucapionem non parit, ſed oportet titulum revera interveniſſe: hoc eſt, non is, qui putat, ſe emiſſe, ſibi donatum aut legatum eſſe, cum non ſit, pro emptore, pro donato aut legato uſucapere poteſt; ſed is ſolus, qui vere emit, cui res vere donata aut legata eſt, *l. Celſus 27. hoc tit. l. 1. pro donat. l. 2. & 3. pro legat. l. 6. pro derel. l. 1. §. ult. pro dot.* quippe falſa noſtra exiſtimatio rei veritatem non mutat, *l. 6. ad munic.* Quidam tamen veterum cenſebant, in falſa opinione tituli admittendam eſſe uſucapionem pro ſuo; ſed errare eos Celſus oſtendit *d. l. 27.* Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum eſt, uſucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri poteſt: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei poſſeſſorem, qui modo emptum, donatum aut legatum ſibi exiſtimet, etiamſi nihil horum ſit, pro emptore, prove donato aut legato uſucapere poſſe, ſed pro ſuo: quod ratio Celſi non videtur removere: quoniam & titulus pro ſuo juſtus titulus eſt. Explicanda igitur eſt Celſi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in propoſito nec locus ſit uſucapioni pro ſuo. Titulus pro ſuo duplex eſt, unus ſpecialis, qui ex ſola conditione rei poſſeſſæ naſcitur, & locum habet in his, quæ ſola occupatione noſtra fiunt, ex quo titulo certa uſucapio *l. 2. pro ſuo*; alter generalis, cohærens cum aliis omnibus cauſis: ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, prove legato poſſidet, is ſimul ex his cauſis etiam poſſidet pro ſuo: ſed hic titulus generalis pro ſuo, pro juſto titulo poſſeſſionis non habetur, niſi concurrat alius ſpecialis, cui ille adhæreat. *l. 1. pro ſuo.* Jam, puto, intelligitur, quam vim ratio Celſi habeat. Nimirum remoto alio titulo ſpeciali, quem in propoſito nullum eſſe in confeſſo eſt, admitti non poſſe generalem illum pro ſuo. Ceterum hoc totum ſic acceptum eſt, ut juſtus & probabilis error poſ-

poſſeſſoris uſucapioni non obſtet, veluti, ſi ſervus aut procurator rem aliquam ſe emiſſe falſo domino perſuaſerint, quam emendam illis mandaverat; in hoc errore poſſeſſor pro emptore uſucapiet: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error eſt, *l. quod vulgo* 11. *pro empt. l. ult.* §. 1. *pro ſuo.* Poteſt & in noſtro ipſorum facto talis error intervenire, ut uſucapio non impediatur, *l. 2. §. ſi a pupillo* 15. & *§. ſeq. pro empt.*

TEXTUS.

De acceſſione poſſeſſionis.

***7.** Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe cœperat defuncto, & hæredi & bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat, prædium alienum eſſe. Quod ſi ille initium juſtum non habuit, hæredi & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti, poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus obſervari conſtituit, ut tempora continuentur.*

NOTÆ.

7. *Diutina poſſeſſio*) Sine poſſeſſione uſucapio non procedit. *l. 25. h. t.* Non autem præciſe exigitur poſſeſſionis continuatio in una eademque perſona: ſed receptum, ut etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti liceat. *l. 14. h. t. l. 2. §. 19. & ſeq. pro emp. l. 13. §. 1. & deinceps de acq. poſſ. l. 14. de div. & temp. præſc.*

Hæredi continuatur) *l. 43. h. t. d. l. 2. §. 19.* eadem ratione, qua perſeverat uſucapere, qui poſtea cognovit rem alienam eſſe, *l. 48. §. 1. de A. R. D.* nam hæres defuncti vice fungitur, *l. 22. hoc tit.*

Hæredi non procedit) Quia etiam ἁμαρτιας ἐστι κληρονομια, hæres non tantum in virtutes, ſed etiam in vitia defuncti ſuccedit, *l. 11. de div. & temp. præſc. l. 11. C. de acq. poſſ.*

Et in uſucapionibus) Senſus eſt, ſe conſtitutione ſua caviſſe, ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio obſervaretur & in uſucapione a ſe reformata, & rerum quoque mobilium. Cujaciana tranſpoſitio non placet.

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumento ſit poſſidere?*
2. *Poſſeſſionem legitimi temporis ad uſucapionem definiti, continuam requiri.*
3. *Interrumpi poſſeſſionem duobus modis, & quis utriuſque effectus?*
4. *Ad implendam uſucapionem etiam alienâ poſſeſſionis acceſſione uti licere.*
5. *Juſtam poſſeſſionem defuncti prodeſſe hæredi, etiam ſcienti rem alienam eſſe: injuſtam defuncti non prodeſſe licet ignoranti. Et quam rationem utrumque habeat?*
6. *Cujac. Weſemb. Hotomannus confutantur: & quis ſit ſenſus verborum in calce hujus §. oſtenditur.*

IN primis eum, quem uſucapere volumus, poſſidere oportet. Sine poſſeſſione, ait Juriſconſultus, uſucapio contingere non poteſt. *l. 25. hoc tit.* Poſſide-
1 re in hoc argumento is ſolus intelligitur, qui animo dominantis rem tenet. Quamobrem hinc removentur primum, qui alieno nomine in poſſeſſione ſunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata, aut apud quem depoſita eſt, *l. non ſolum 33. §. qui pignori 4. hoc tit. l. pen. §. 2. qui ſatiſd. cog. §. 4. inf. per quas perſ. §. poſſidere 5. inf. de interd.* deinde etiam ſequeſter, apud quem poſſeſſio depoſita eſt: item is, cui poſſeſſio tradita eſt, ut eam poſtea reſtituat. Etſi enim hi vere poſſident, *l. liceat 17. §. 1. depoſ. l. ſi quis 17. in fin. de acq. poſſ.* tamen quoad effectum uſucapionis pro poſſeſſoribus haberi non poſſunt, quia rem non ut ſuam, non animo domini tenent. Poſſidere autem 2
oportet totum illud tempus, quod lege definitum eſt, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & poſſidere continenter ſine poſſeſſionis interruptione. Hinc recte uſucapio a Modeſtino definitur adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti, *l. 3. hoc tit.* In computatione temporis hoc obſervatur, ut non a momento ad momentum computetur, ſed dies poſtremus cœptus pro impleto habeatur, *l. 6. eod.* Interrumpitur poſſeſſio 3
duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de poſſeſſione dejicitur, aut res nobis eripitur: *l. 5. eod. l. 15. de acq. poſſ.* altero civiliter per litis conteſtationem: hoc modo civiliter interrumpi poſſeſſionem dicimus, quia poſt litis conteſtationem vere & naturaliter poſſidere non deſinimus, & implemus uſucapionem, *l. 2. pro donat. l. 2. §. ult. pro empt.* ſed impleta inter moras judicii uſucapio effectu juris victo poſſeſſori non prodeſt, ſed rem reſtituere cogitur, perinde quaſi non uſucepiſſet. *l. ſi poſt. 18. de rei vind.* Naturalis interruptionis hanc vim fuiſſe conſtat, ut etſi quis amiſſam ſemel poſſeſſionem deinde recuperaſſet, ei prioris poſſeſſionis tempora ad uſucapionem aut præſcriptionem non prodeſſent, ſed a recuperata poſſeſſione tempus denuo inchoaretur: & proinde etiam, quod ad bonam fidem poſſidentis attinet, initium poſſeſſionis recuperatæ ſpectatum fuiſſe, *l. 15. §. 2. hoc tit. l. 7. §. qui bona 4. pro empt.* neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem conteſtatione uſucapio non interpellabatur, ſed, ut dixi, condemnato poſſeſſore erat inefficax: lite omiſſa erat efficax. At longi temporis præſcriptio, quod facti eſſet, etiam plene interrumpebatur lite, ut nec lite omiſſa ullius momenti eſſet, etiamſi poſt omiſſam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore poſſediſſet, *l. 2. l. 3. l. nec bona 10. C. de long. temp. præſcr. l. nemo 10. C. de acq. poſſ.* Sed hæc differentia ſublata eſt per *l. pen. & ult. C. de annal. exc. l. un. C. de uſuc. transfor.* An ergo & mala fides ſimpliciter incidens, quæ uſucapionem neutiquam interpellabat, *l. bona 48. §. 1. de acq. rer. dom.* interpellavit præſcriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in *d. l. 2. §. ult. pro empt.* Verum hoc nuſquam ſcriptum eſt: nec eadem effecta, quæ litis conteſtationi tributa ſunt, fuiſſe ſcientiæ rei alienæ ſimpliciter incidentis, argumento eſt tum vetus uſucapio, tum etiam Juſtinianea, quæ non interrumpitur ex poſteriore alienæ rei ſcientia, *d. l. un. C. de uſuc. transform.* pleniſſime tamen interrumpitur litis conteſtatione, atque adeo libelli oblatione, ut expreſſe conſtitutum eſt. *l. pen. & ult. C. de annali except.* Atque hactenus igitur minus eſt in nova uſucapione, quam in veteri fuit, quod nova

4 iſtis modis plene interpellatur. Continuationem poſſeſſionis dum exigimus, non hoc præciſe exigimus, ut una eademque perſona per totum legitimum tempus continenter poſſideat, ſed receptum eſt, ut ad uſucapionem & longi temporis præſcriptionem implendam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti liceat. Atque hoc tributum eſt, licet diſſimiliter de quo ſtatim, tam ſucceſſori rerum ſingularum, puta emptori, donatario, quam ſucceſſori univerſi juris, ut hæredi aut bonorum poſſeſſori, *hoc text. & §. ſeq. l. 14. eod. l. 2. §. ſi defunctus 19. & ſeq. pro empt. l. Pomponius 13. §. 1. & ſeqq. de acquir. poſſ. l. de acceſſionibus 14. de div. temp. præſcr.*

Licet ipſe ſciat prædium alienum eſſe. Quod ſi ille initium juſtum non habuit) Hæc non ad quemvis ſucceſſorem, ſed ad ſucceſſorem univerſi juris, hæredem aut bo-
5 norum poſſeſſorem tantum pertinent. Duo autem hic traduntur: unum eſt, Juſtam poſſeſſionem defuncti prodeſſe hæredi & procedere, etiamſi hæres ſciat rem alienam eſſe, quod & traditur *l. hæres 43. hoc tit. l. 2. §. ſi defunctus 19. pro empt.* alterum, Injuſtam poſſeſſionem defuncti hæredi non procedere, licet ignoret rem alienam eſſe, *fac. l. cum hæres 11. de div. temp. præſcr. l. vitia 11. C. de acq. poſſ.* Utrumque eandem rationem habet, quia ſcilicet hæres perſonam & conditionem defuncti ſuſcipit, ita ut una perſona cum defuncto cenſeatur. Hoc enim poſito, qualitas poſſeſſionis ex perſona defuncti tantum æſtimanda, ut illa vel proſit hæredi, vel noceat: proſit, ſi defunctus bonum initium habuerit, etſi hæres non habeat; noceat, ſi defunctus bonum initium non habuerit, etiamſi hæres habeat: & perinde per omnia habeatur, ac ſi defunctus adhuc ipſe poſſideret. Succedit itaque hæres non tantum in virtutes defuncti, ſed etiam in vitia, nec ignoratione ſua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l. 11. de div. temp. præſc. & Impp. d. l. 11. C. de acq. poſſ. Vitia poſſeſſionum*, inquiunt, *a majoribus contracta, perdurant, & ſucceſſorem auctoris ſui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti acceſſione poſſeſſionis defuncti a ſemetipſo inchoare poſſeſſionem, atque uſucapionem præſcriptionemve ſtatuto tempore implere poſſe arbitrantur; quod jus tantum ſingularis eſt ſucceſſoris, ut poſtea demonſtrabitur. Nihil vero eorum opinionem juvat *l. pen. pro hæred.* neque enim negamus, poſſe aliquando hæredem uſucapere quod defunctus non potuit: ſed dicimus, non poſſe, quod defunctus vitioſe poſſedit. Ut ecce, poteſt hæres ex ſententia plerorumque veterum uſucapere rem, quam putat hæreditariam eſſe, cum non ſit, ſed defuncto commodata, aut pignerata, aut apud eum depoſita: quomodo explicanda eſt *d. l. pen.* nimirum quia nihil ex perſona defuncti hic obſtat hæredi, quominus ipſe eam rem pro hærede uſucapere poſſit: quanquam ſunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipſo caſu uſucapionem pro hærede admittunt: per *l. 2. & ult. C. pro hæred. l. 4. C. de præſc. longi temp.* Sed hos ſi ſequimur, delendi erunt *tit. de uſuc. pro hærede*, poſſuntque *dd. ll. 2. & ult.* commode accipi de iis, qui falſo exiſtimant ſe hæredes eſſe: & *d. l. ult. cum d. l. 4.* etiam de vero hærede, ſed qui rem ex titulo ad uſucapionem inhabili tenens, poſſeſſionis cauſam ſibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quaſi hæreditaria eſſet, pro hærede uſucapere; cujuſmodi ſpecies proponitur *d. l. 2. §. 1. pro hærede.* VINN. Titulus pro hærede qualis ſit, adparet ex Pomponii verbis *l. pen. ff. pro hær. Plerique putaverunt, ſi hæres ſim, & putem rem aliquam ex hæreditate eſſe, quæ non ſit, poſſe me uſucapere.* Ponendus itaque caſus, quo hæres ſine mala fide vel ſua vel defuncti rem alienam poſſidet. Tale exemplum eſt B. Pagenſtecheri in *Admonitor. ad Pand. Part. VI. §. 160.* ſi ovis Titii immiſcuerit ſe Mævii defuncti grege, inſcio Mævio. HEIN.

Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus) Hunc verſum tranſpoſuit Weſembecius ſecutus auctoritatem Cujacii: qui putavit, eum non ſuo loco poſitum eſſe, & reponendum poſt *§. ſequentem*: propterea quod Juſtinianus conſtitutione ſua *l. un. C. de uſuc. transf.* nihil novi caverit de continuatione poſſeſſionis defuncti & hæredis; ſed, quod ex reſcripto Severi & Antonini tantum obtinebat in præſcriptione longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjungerentur, traxiſſe ad uſucapionem, in qua olim ſucceſſor ſingularis propter brevitatem temporis acceſſione poſſeſſionis auctoris ſui non utebatur, per *l. ſi ædes 32. §. 1. de ſerv. præd. urb.* In quo vix eſt ut Cujacio aſſentiri poſſim. Nam in *l. id tempus 14. hoc tit.* expreſſe etiam emptori & legatario prodeſſe dicitur tempus, quo venditor & teſtator poſſederunt: prodeſſe ſcilicet etiam ad uſucapionem, de qua ex profeſſo iſto titulo agitur. Similiter Ulpian. in *l. Pomponius 13. §. 1. & ſeqq. de acq. poſſ.* latiſſime diſputans de acceſſione temporis, qua poſterior poſſeſſor utitur ex perſona auctoris ſui, in tota illa diſputatione nullius differentiæ meminit, quæ hac in parte ſit inter uſucapionem & longi temporis præſcriptionem. Quin etiam diſertiſſimis verbis ſcriptum a Paulo eſt, emptori tempus venditoris ad uſucapionem procedere, *l. 2. §. pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam, emptorem ſervi uti acceſſione venditoris, *l. in acceſſionibus 14. §. 2. de div. temp. præſcr.* Atqui conſtat res mobiles anno ubique uſucaptas fuiſſe. Nec abſurdum eſt, in ea temporis brevitate pari ſpatio duorum conjuncta poſſeſſione rem acquiri, quo unius, imo in duorum poſſeſſione domini conditio melior: quoniam tam in ſucceſſore volente uti acceſſione, bonum initium exigitur, quam in auctore ejus, cum unius uſucapionem mala fides ſuperveniens non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adſcribere magnæ temeritatis eſt: neque in *d. l. ſi ædes 32. §. 1. de ſerv. præd. urb.* agitur de emptore, aliove, in quem ex juſta cauſa poſſeſſio ab auctore tranſlata eſt, quo demum caſu locus eſt conjunctioni temporum; ſed de eo, qui interpellata uſucapione, propterea quod res ſimpliciter poſſideri deſita eſſet, poſtea eandem rem poſſidere cœpit. Quomodo igitur defendimus, quod Juſtinianus ait de conjunctione temporum, a ſe introducta in uſucapionibus ſimiliter ut in diutina poſſeſſione? Hotomannus exiſtimat, totam hanc diſputationem ante Juſtinianum nihil ad uſucapionem pertinuiſſe, ſed ad longi temporis præſcriptionem duntaxat: ac ne hæredi quidem tempora in uſucapionibus continuata: ſed id primum effectum eſſe conſtitutione Juſtiniani: idque eſſe, quod hoc loco Juſtinianus ſignificet. Verum hanc ſententiam falſam eſſe oſtendunt quotquot ſunt loci, quos modo citavimus: & de hærede hoc amplius jam ante obti-

obtinuit, ut nec ſcientia continuatio temporum in uſucapione impediretur, *l. heres* 43. *hoc tit. l.* 2. §. *ſi defunctus* 19. *pro empt.* idque locum haud dubie etiam habuit in uſucapione rerum mobilium: neque ſimplex ſcientia hæredis rem magis furtivam facit, quam ſi defunctus ipſe ante impletam uſucapionem reſciviſſet rem alienam eſſe. Quapropter omnino exiſtimo, Juſtinianum, niſi forte quid falſo ſibi attribuerit, his verbis, *Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus,&c.* nihil aliud ſignificare, quam ſe in uſucapione a ſe reformata, nihil innovaſſe, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & hæredem; ſed eam obſervari voluiſſe etiam in ſua uſucapione & rerum quoque mobilium, uti ea antea obſervabatur, & maxime in diutina poſſeſſione, in qua frequentior erat propter longioris temporis ſpacium. Non meminit quidem nominatim defuncti & hæredis, ſed tamen generaliter anteceſſoris & ſucceſſoris cujuſvis; quod ſatis eſt ad retinendum hunc verſum in ſuo loco: ita propemodum & Car. Hannib. Fabrot. *in not. ad Theoph.* Hinc ſimul apparet, abuti hoc textu DD. qui eum adducunt ad probandum, uſucapionem tantum eſſe rerum mobilium.

T e x t u s.

8. *Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

N o t æ.

1. *Venditorem & emptorem*) Ceteroſque ſingularis rei ſucceſſores, *l.* 15. §. 10. *& ſeq. de acq. poſſ. l.* 5. *l.* 14. *de div. præſ.*

Conjungi tempora) Modo uterque bona fide acceperit. Vide fuſ. in Comment.

C o m m e n t a r i u s.

1. *Quando ſucceſſor ſingularis acceſſione poſſeſſionis auctoris ſui uti poſſit?*
2. *Vitium auctoris ſucceſſori neque nocere, neque prodeſſe.*

De conjunctione temporum inter priorem poſſeſſorem & univerſi juris ſucceſſorem dictum §. *præc.* hic de eadem conjunctione agitur inter venditorem, & emptorem, quod tamen jus ad ceteros quoque pertinet, qui alio titulo ſingulari, etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex cauſa donationis aut legati, *l. id tempus* 14. *pr. &* §. 1. *hoc tit. l. Pomponius* 13. §. *ſed &* 10. *& ſeq. de acq. poſſ. l.* 5. *l. in acceſſionibus* 24. §. 1. *de div. temp. præſcr.* Scriptum hic ſimpliciter eſt, inter venditorem quoque & emptorem tempora conjungi. An
1 igitur eodem modo, quo inter defunctum & hæredem? Nequaquam: ſed ita, ſi uterque bona fide rem acceperit. Proinde ſi emptor juſtum poſſidendi initium non habuerit, etiamſi venditor habuerit, non utetur emptor acceſſione venditoris, contra quam exiſtimat Hotomannus: nam traditum eſt, vitioſæ poſſeſſioni nullam, ne juſtam quidem, poſſe accedere, *d. l. Pomponius* 13. *in fin.* quanquam diverſum eſt in ſucceſſore univerſi juris, de quo abunde §. *præc.* Ex contrario quoque vitioſa venditoris poſſeſſio non prodeſt juſtæ poſſeſſioni emptoris: ſed qui ult[...]ri adminiculo ex perſona auctoris, eo uti debet cum ſua cauſa ſuiſque vitiis, *d. l. Pomponius* 13. §. 1. id eſt, eadem conditione, eodemque jure, quo auctor uteretur. Denique hoc etiam traditum eſt, nec vitioſam poſſeſſionem accedere poſſe ei, quæ vitioſa non eſt, *d. l. Pomponius* 13. *in fin.* Plane non nocebit ſucceſſori, quod auctor ejus bono initio nixus, reſcivit, rem alienam eſſe, antequam eam alienaret: quia, ſi non alienaſſet, ipſe eam uſucapere potuiſſet. Quid ſi ſucceſſor acceſſione auctoris uti nolit; ſed ſuæ tantum poſſeſſionis tempora computare, an hic etiam vitium auctoris ultro nocebit ſucceſſori? 2
Placuit, quemadmodum vitium auctoris ſucceſſori non prodeſt, ſi acceſſione uti velit; ita neque nocere, ſi acceſſione uti nolet: denique ſucceſſorem per ſe uſucapere poſſe, quod auctor uſucapere non potuit, *d. l.* 5. *de div. temp. præſcr. l.* 4. §. *de auctoris* 27. *de dol. exc. l.* 4. *C. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum eſt diſtinctione, quæ extat in *authent. malæ fidei C. de præſcr. long. temp.* In hoc autem diſſimilis item cauſa hæredis eſt, cui vitioſa defuncti poſſeſſio nocet, etiamſi adminiculo ex perſona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia, quam in virtutes defuncti ſuccedit, & eadem cum defuncto perſona eſſe exiſtimatur, *l. cum heres* 11. *de div. temp. præſcr.* vid. §. *præced.* Loquimur autem de vitio perſonæ poſſeſſoris: nam quod vitium in re eſt, puta ſi res furtiva ſit aut vi poſſeſſa, id generaliter ſucceſſoribus omnibus nocet. §. *noviſſime* 5. *ſup. l. ubi* 24. *eod. l.* 7. *C. pro empt.* Illud addo ſi medio tempore alius poſſederit, interruptam eſſe poſſeſſionis continuationem; atque in ea re ſimiles eſſe emptores univerſi juris ſucceſſoribus, *d. l. Pomponius* 13. §. *quæſitum* 4. *de acquir. poſſeſſ. l. poſſeſſio* 20. *hoc tit.*

T e x t u s.

De his qui a fiſco, aut Imp. Auguſtæve Domo, aliquid acceperunt.

9. *Edicto divi Marci cavetur, eum, qui a fiſco rem alienam emit, ſi poſt venditionem quinquennium præterierit, poſſe dominum rei exceptione repellere. Conſtitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene proſpexit iis, qui a fiſco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipſi quidem ſecuri ſtatim fiant, & victores exiſtant, ſive experiantur, ſive conveniantur: adverſus autem ſacratiſſimum ærarium uſque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienata ſunt, putaverint, ſibi quaſdam competere actiones. Noſtra autem divina conſtitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui a noſtra, vel venerabilis Auguſtæ domo aliquid acceperint, hæc ſtatuit, quæ in fiſcalibus alienationibus præfata Zenonianæ conſtitutionis continentur.*

NOTÆ.

9. *Conſtitutio Zenonis*) *l. 2. C. de quadr. præſcr.* Fiſco hoc tributum, quo paratiores reperiat in ſubhaſtationibus emptores. Weſ.

COMMENTARIUS.

1. *Ærarium etiam poſt occupatam rempubl. diu dictum pecuniam publicam; ſive imperii; fiſcum, pecuniam principis privatam, poſtea utrumque verbum promiſcue uſurpatum.*

2. *Præſcriptionem quadriennii fiſcalem & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam: neque uſu apud pleroſque receptam eſſe.*

SI *poſt venditionem quinquennium*) Mentio fit hujus edicti D. Marci *l. ult. C. ſi adv. fiſc.* In hac autem præſcriptione quinquennii nullam factam fuiſſe diſtinctionem inter bona aut mala fide quid a fiſco accipientem, apparet ex eo, quod alioqui melior conditio fuiſſet ejus, qui a privato emiſſet, quam qui a fiſco: ſiquidem is, qui a privato bona fide rem emerat, ad ſummum biennio eam uſucapiebat.

Conſtitutio Zenonis) Ea eſt *l. 2. C. de quadrien. præſcr.* Olim quinquennii præſcriptione tuti erant, qui quid alienum emerant a fiſco. Hodie ſtatim tuti ſunt ex conſtitutione Zenonis, ſive conveniantur, ſive ipſi amiſſa forte rei poſſeſſione ultro agant. Fiſco autem alienanti rem alienam, vel alii pignori obligatam, datur præſcriptio quadriennii, ſi poſt quadriennium eo nomine conveniatur a domino aut creditore pigneratitio, *d. l. 2.* Quod ideo ſic conſtitutum eſſe videtur, ut tanto facilius emptorem fiſcus reperiat; tum etiam ne reſcindatur venditio facta publica auctoritate: alioqui ſane durum atque iniquum eſt domino aut creditori, jus vindicandi aut perſequendi rem ſuam aut ſibi nexam ſtatim auferre, iiſque objicere tam potentem adverſarium.

Sacratiſſimum ærarium) Hic diſerte fiſcus appellatur ærarium Principis, uti & in *l. 2. & 3. C. de quadr. præſcr.* neque cauſam habet Hotomannus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat: & falſum eſt, quod ſcribit, ærarium eſſe rerum Principis privatarum, quibus ſcil. ipſius patrimonium conſtet: fiſcum vero ceterarum omnium, quæ ſacræ largitiones & ſacri theſauri paſſim appellentur: eamque differentiam in *dd. ll.* accurate obſervatam. Scimus locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuiſſe in æde Saturni, quo etiam Senatuſconſulta deferebantur: teſtes paſſim Livius aliique ſcriptores. Ipſam quoque pecuniam publicam ærarium dictam κατα μετωνυμιαν. Cic. III. *Tuſc. cap. 20. Et quidem C. Gracchus, cum largitiones maximas feciſſet, & effudiſſet ærarium, verbis tamen defendebat ærarium.* Idem *ad Attic. lib. 6. ep. 1. Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vectigal habebat.* Illud quoque conſtat, poſt occupatam rempubl. ærarium adhuc diu dictum fuiſſe pecuniam publicam ſive imperii, & a fiſco ſeparatum: fiſcum enim dixerunt pecuniam Imperatoris, propriam ac privatam: cujuſmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia aliaque αδεσποτα, quæ Principi deferebantur. Plinius in *Panegyr. Trajano dict. At fortaſſe non eadem ſeveritate fiſcum, qua ærarium, cohibes? Imo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis:* & paulo poſt; *Quæ præcipua tua gloria eſt, ſæpius vincitur fiſcus: cujus mala cauſa eſt nunquam, niſi ſub bono Principe.* Ulpianus in *l. 2. §. 4. ne quid in loc. publ. Res*, inquit, *fiſcales quaſi propriæ & privatæ Principis ſunt.* Hinc ratio fiſci idem quod ratio Principis & ratio privata, *l. pen. C. de edend. l. 2. C. de priv. fiſc.* Procedente tempore diſtinctio illa ærarii & fiſci evanuit, ac utraque voce promiſcue uſi ſunt, unaque tantum ſub Græcis principibus diſtinctio uſurpata, fiſci & bonorum principis patrimonialium: quod hic locus aperte oſtendit, &, unde deſumptus eſt, *l. ult. C. de quad. præſcr.* Id autem inter res fiſcales & patrimoniales intererat, quod etſi utræque principis erant, illæ eſſent Principis, qua talis, & ideo publicæ; hæ propriæ Zenonis, Juſtiniani, & ideo privatæ: unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur, *l. cum ſervus 39. §. ult. de legat. 1.* Plane vocabulo ærarii aliquando latius uſi ſunt, ut eo etiam ſignificarent res principis privatas; veluti cum in *l. un. C. de quæſt. & magiſtr. offic. lib. 12.* comitiva utriuſque ærarii dicitur, id eſt, ſacri, ſive fiſcalis, & privati. Qui fiſcali præerat, in ſpecie comes ſacrarum largitionum & theſaurorum appellari videtur, *l. 3. C. ubi ſenat. vel clariſſ. l. 2. C. ut dign. ord. ſerv. lib. 12.*

Noſtra autem divina conſtitutio) Intelligit *l. ult. C. de quadr. præſcr.* qua conſtitutione quod Zeno de fiſco ſtatuerat, producit ad ſubſtantiam principis privatam, ut ſcilicet etiam rerum patrimonialium emptor ſtatim ſecurus ſit, & dominus quadriennii præſcriptione excludatur: affertque hanc conſtitutionis ſuæ rationem, quod cum omnia principis eſſe intelligantur, ſive res ſint fiſcales, ſive privatæ Cæſaris, nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda ſit. Exploſendi autem ſunt, qui hinc colligunt, omnia omnino, & bona etiam ſubditorum propria eſſe principis. Eadem conſtitutione etiam ſereniſſimæ Auguſtæ idem privilegium conceditur. Hoc jus atque hæc præſcriptio fiſcalis veteribus incognita fuit, uti liquet ex *l. nec ullam 13. §. item ſi quis 9. de her. pet.* Jus Canonum eam improbat, *cap. placuit 16. q. 3.* nec apud nos recepta, Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de præſcript.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 82. n. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc §. & *tit. C. de quadrien. præſcript.* in uſu non eſſe. Aliud tamen viſum Groenew. *hic tract. de legib. abrog. arg. deciſ. 15. Cur. Holland.*

TITULUS SEPTIMUS

DE DONATIONIBUS.

Dig. Lib. 39. Tit. 5. 6. C. Lib. 8. Tit. 54. Nov. 162.

1. *Abſolutam inter vivos donationem ad acquiſitiones juris gentium pertinere.*
2. *Sitne donatio modus acquirendi, an titulus, ſive cauſa.*
3. *Series hujus tituli.*

USucapionem, de qua proxime egimus, eſſe modum acquirendi jure civili extra controverſiam eſt: utrum autem donatio quoque eo pertineat, ambigitur.
1 Et quidem abſolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potiſſima donationis ſpecies eſt, nemo opinor, tam eſt excors, qui juri civili adſcribendam putet. Quid enim habet illa a jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale eſt, quam hominem homini benefacere? Ad liberalitatem natura propenſi ſumus, teſtibus Cic. *in Lal.* & Sen. *in lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud exiſtimavit eſſe Deum, quam prodeſſe mortalibus. De quo Deſiderius noſter *in Chiliad.* Adhæc nihil magis rationi naturali convenit, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferentis ratam haberi. Demoſth. *adverſ. Leptin.* ex cauſa liberalitatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipſo Juſtiniano §. *per traditionem* 40. *ſup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter cauſas acquiſitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum eſſe exercitium liberalitatis, nullum donationis uſum? At inquis, lex Cincia ſupra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens ſummam 500. ſolidorum inſinuanda eſt. Quid tum poſtea? Lex Fuſia Caninia vetuit ultra præſcriptum numerum manumittere, an ideo manumiſſio ex jure civili eſt? Quarundam rerum vetita eſt diſtractio, an idcirco emptio venditio contractus juris gentium non eſt, ſed juris civilis? Plane cum neceſſitas inſinuandi donationem, quæ excedit ſupra dictam ſummam, a jure civili ſit, concedo tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam ſola voluntate & traditione donantis non perficitur, poſſe referri inter modos acquirendi jure civili, *arg. l. 6. de juſt. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur, ſed mixti & maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis ſive gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Juſtiniani? Nimirum ſi dicamus, Juſtiniano principaliter propoſitum eſſe tractare de donationibus impropriis, mortis cauſa & propter nuptias, quæ ad jus civile non inepte referuntur, ut poſtea palam fiet. Hoc autem ipſa ſeries tractationis oſtendit, cujus initium a mortis cauſa donatione capitur; cum alioqui converſo modo de donatione vera & abſoluta primo loco agendum fuiſſet, uti factum eſt *in Pand. & C.* Occurrit hic & aliud dubium, ſitne ſcil. dona-
2 tio modus acquirendi dominii, an ſolummodo titulus ſive cauſa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus eſſe acquirendi modum: contra vero cauſam tantum acquirendi eſſe, probat *d. §. per traditionem de rer. div.* Verum hoc non adeo difficile expeditu eſt. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo proprie pro ipſa donatione, quando ſcilicet liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & actutum in accipientem transferimus, ut ſimul & cauſam tradendi & traditionem ipſam includat. Nam proprie donare nemo intelligitur, niſi qui & tradat. Unde donare & dare promiſcue Juriſconſulti uſurpat *l. 1. hoc tit.* & donatio dicta quaſi doni datio, *l. ſenatus 35. §. 1. de mort. cauſ. don.* unde & Papinianus *l. 23. de donat. int. vir. & ux.* donationem diſtinguit a ſtipulatione donationis cauſa facta. Altero modo metonymice pro conventione de dando, cum quis donationis cauſa, aliquid promittit, *l. 2. l. 12. l. eum qui 22. eod.* Priore ſenſu accepta donatio modus eſt acquirendi dominii; poſteriore non dominium, ſed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet. *d. l. 22.* Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. VINN. Aſt neſcio, an ipſe Auctor rem confecerit. Ego ita ſentio. Tribonianus hic ſequutus eſt procul dubio ordinem Caji. Ejus autem tempore donatio omnino erat modus adquirendi dominium civilis. Nam tunc ex lege Cincia de donis & muneribus non valebat donatio, niſi interveniret mancipatio ſolemnis & traditio. Fr. Brummer. *ad l.* Cinc. *cap.* 13. Conf. *Novell.* 162. *cap.* 1. Poſtea Antoninus Pius nudam voluntatem ſufficere voluit in donationibus inter parentes & liberos. *l. 3. C. Theod. de don.* Idem de donationibus inter conjuges ſanxit Antoninus Caracalla *l. 32. §. 1. ff. de don. inter vir. & uxor.* Conſtantinus M. poſtea litterarum fide donationes fieri poſſe, conceſſit, modo poſtea ſequeretur corporalis traditio *l. 1. C. Th. de don.* Remiſere has ſcripturas Theodoſ. & Valentinianus AA, ſed ita, ut *alia idonea documenta* adhiberentur *l.* [illegible] *C. de donat.* Denique Juſtinianus & nudam promiſſionem valere juſſit. *l. 35. & 37. C. de donat.* Ex brevi hac juris hujus hiſtoria patet, recte Cajum, aut quemcumque ſequutus eſt Tribonianus, donationem retuliſſe inter modos adquirendi, eoſque civiles, ob neceſſariam in donatione mancipationem, & traditionem. At minus recte Tribonianus putavit hunc ordinem ſervari poſſe, quia ſaltim quædam donationis ſpecies, puta donatio mortis cauſſa huc referri poſſit. Conf. Averan. *Interpret. Lib. 1. cap. 29.* HEIN. Initio 3
hujus tituli proponitur donationis diviſio: deinde explicantur ſpecies, non omnes quidem, ſed tres tantummodo, hoc ordine. Primum agitur de donatione mortis cauſa; deinde de donatione ſimplici inter vivos; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum ſubjicitur modus antiquus acquiſitionis civilis ex cauſa lucrativa per jus accreſcendi.

TEXTUS.

De Donatione.

Eſt & aliud genus acquiſitionis, donatio. Donationum autem duo ſunt genera; mortis cauſa & non mortis cauſa.

NOTÆ.

Rubr. Donationibus) Donatio eſt, cum quid nullo jure cogente conceditur, *l. 29. h. t.*

Acquiſitionis) Civilis ſcil. ut ordo arguit. At eo tantum referendæ donationes impropriæ, mortis cauſa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur, non illa abſoluta inter vivos. Nam res ſuas quibuſque donare apud omnes gentes jus poteſtaſque eſt, §. 40. *ſup. de rer. div.* Demoſth. *adv. Leptin.*

Donatio) Donatio proprie eſt doni datio, *l. 1. D. h. t. l. 35. §. 1. D. de mort. cauſ. don.* Eſtque modus acquirendi, quoniam & cauſam tradendi includit & ipſam traditionem. Cum autem accipitur pro conventione de dando, tituli ſeu cauſæ tantum rationem habet, §. 40. *ſup. de rer. div.*

Duo genera) Utriuſque autem generis plures ſunt ſpecies, *l. 8. D. h. t. l. 2. D. de mort. cauſ. don.*

COMMENTARIUS.

Rectior fortaſſis erit diviſio, ſi dicamus, donationem aliam eſſe propriam, aliam impropriam, *l. 1. h. t.* eſt enim donatio ex eorum generum numero, quæ προς τι dicuntur, nec pariter ſubjectis ſpeciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque abſoluta, *l. ſenatus 35. §. 2. de mort. cau. don.* eſt, cum quis ſolius liberalitatis gratia ſic aliquid dat, ut ſtatim velit accipientis fieri, neque ullo caſu ad ſe reverti; *d. l. 1. & d. l. ſenatus §. 2.* Impropriæ donationis variæ ſunt ſpecies. Talis eſt donatio propter nuptias, de qua §. 3. *inf. eod.* Tales ſunt donationes omnes, quæ ſub modo, cauſa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ ſub. mod.* & in ſpeciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propius aut longius a vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præſtita, & in factis, quæ locari ſolent, merces diceretur, in ſpeciem meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, niſi quod nullo jure cogente conceditur. *l. donari 29. hoc tit.* το χωρις αναγκης διδομενον. Harmenop. *lib.* III. *tit.* I. & hoc eſt, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam proprie donationem non eſſe, *per l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. eod.* Talis denique eſt donatio mortis cauſa, propterea quod ex caſu reſolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari poteſt.

TEXTUS.

De mortis cauſa donatione.

1. *Mortis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis fit ſuſpicionem: quum quis ita donat, ut ſi quid humanitus ei contigiſſet, haberet is, qui accipit: ſin autem ſupervixiſſet is qui donavit, reciperet: vel ſi eum donationis pœnituiſſet, aut prior deceſſerit is, cui donatum ſit. Hæ mortis cauſa donationes ad exemplum legatorum redactæ ſunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati inſtar eam obtinere oporteret, & utriuſque cauſæ quædam habebat inſignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis conſtitutum eſt, ut per omnia fere legatis connumerentur, & ſic procedat, quemadmodum noſtra conſtitutio eam formavit. Et in ſumma mortis cauſa donatio eſt, quum magis ſe quis velit habere, quam eum, cui donat, magiſque eum, cui donat, quam heredem ſuum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:*

Πειραῖ, ου γαρ τ' ιδμεν ὅπως εςαι ταδε εργα·
Ει μεν εμε μνηςηρες αγηνορες εν μεγαροισι
Λαθρη κτειναντες, πατρωϊα παντα δασονται,
Αυτον εχοντα σε βυλομ' ἐπαυρεμεν, η τινα τωνδε.
Ει δε κ' εγω τυτοισι φονον και κηρα φυτευσω,
Δη τοτε μοι χαιροντι φερειν προς δωματα χαιρων.

Hos verſus ſic vertere licebit.

Cum, Piræ, homines lateant ſecreta futuri,
Si me forte proci ſceleratis ad Stygia mittant
Inſidiis, patriaſque velint erciſcere prædas:
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sin ego eos juſtis proſternam, cladibus ultor
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddas.

NOTÆ.

1. *Mortis ſuſpicionem*) Vel ſola etiam cogitatione mortalitatis ex ſorte humana, *l. 2. & aliquot ſeqq. l. 35. §. 4. D. de mort. cau. don.*

Cum quis ita donat) Hoc expreſſo ſcil. etiamſi in extremis vitæ quis conſtitutus ſit, alioqui non tam mortis cauſa, quam moriens dediſſe videtur, *l. 42. in fin. eod.*

Si quid humanitus) Quo verbo mors ſignificatur. *l. 16. pr. depoſ.*

Eam formavit) Ut quinque adhibeantur teſtes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto teſtamento, *l. ult. §. ult. C. de codicill.*

Quam heredem ſuum) *l. 1. d. l. 35. §. 1. D. h. t.*

Apud Homerum) *Odyſſ.* XVII. *v.* 77. Hic locus arguit etiam mortis cauſa donationem ratione facti juris gentium eſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Ex verbis donatoris æſtimandum, an donatio facta ſit ob ſuſpicionem mortis: & citra talem ſuſpicionem mortis quoque cauſa recte donari.*

2. Qui-

2. *Quibus in rebus ſimilitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur.*
3. *Quibus in rebus diſſimilitudo & diſcrepantia.*

Q*Uæ propter mortis ſit ſuſpicionem*) Cum quid me-
tu mortis, vel ex præſenti vel ex futuro periculo
donatur; puta ſi donator gravi morbo laboret,
ſi periculoſam peregrinationem vel navigationem ſuſ-
cepturus ſit, ſi iturus in militiam, ſi graſſetur peſti-
lentia, &c. *l.*2. *& aliquot ſeqq. l. ſenatus* 35. §. *mortis* 4.
1 *h. t. de mort. ca.don*. Ceterum an propter mortis ſu-
ſpicionem donatio facta ſit, ex verbis donatoris æſti-
mandum eſt. Nec enim ſufficit ad hanc donationem,
a moriente aut in periculo mortis poſito quid do-
natum eſſe, niſi verbis declaraverit, ſe ob metum
propinquæ mortis donaſſe: alioqui non tam mortis
cauſa, quam moriens donaſſe cenſetur, *l. ſi mortis* 29.
l. Seja 42. *in fin. eod* D. Tuld. *comm. hic cap.*4. hodie tamen
in dubio mortis cauſa factam præſumi, & in Gallia ſic
judicatum referunt Autum. *conf. jur. ad d. l.* 42. & Bugn.
lib. v. *de ll. abrog. cent.*16. *fac. l. fulcimus* 43. *eod.* Quin
etiam extra ſuſpicionem ullius periculi & a ſano at-
que in bona valetudine conſtituto mortis cauſa re-
cte donatur, ſola cogitatione mortalitatis ex ſorte
humana, *d. l.* 2. *& d. l.* 35. §. 4. *eod.* Sed itidem verbis hoc
declarandum, ne alias pura & ſimplex habeatur do-
natio. Quod ſi conſideraſſet Hotomannus, abſti-
nuiſſet, credo, a reprehenſione Juriſconſultorum,
Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temere pro-
nunciaſſet, nullam eſſe mortis cauſa donationem,
cujus non mortis periculum cauſa ſit. Si Titio cen-
tum donavero præſtanda poſt mortem, donatio in-
ter vivos eſt: nam tempus adjectum differendæ ſo-
lutionis cauſa, ad ſubſtantiam donationis non per-
tinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus
non erit. uti memini me ex facto conſultum re-
ſpondiſſe. Add. Fachin. v. *contr.*22. Non ſolum autem
ſuæ mortis causa donare quis poteſt, ſed etiam al-
terius, puta filii, fratris, ſororis. *l.* 11. *l. mortis*. 18.
h. t. de mort. ca.don. l. 3. *C. eod.*

Quum quis ita donat.) Dupliciter autem quis ſic
donat, vel ut ſtatim rem faciat accipientis, vel ut tunc
demum, cum mors fuerit inſecuta, *d. l.* 2. *eod.* Poſte-
riore casu ad revocandam donationem competit do-
natori directa in rem actio, ſive pœnitentia ductus do-
nationem infringere velit, ſive periculum, quod me-
tuebat, evaſerit. *l. ſi mortis* 29. *eod.* Priore condictio-
nem habet, *l. ſenatus* 35. §. 3. *eod.* habet & utilem in rem
adverſus quosvis poſſeſſores, *l. qui mortis* 30. *eod.* ſubla-
toque periculo aut præmortuo eo, cui donatum eſt,
fortaſſis etiam in rem directam, quaſi donatione ipſo
jure resoluta. *d. l.* 29. add. Gomez. II. *reſol.*4.

Si quid humanitus) Ἀνθρώπινόν τι. Si quid huma-
num, *l.* 26. *pr. depoſ.* Veteres ominis causa ſic loque-
bantur. *Si quid mihi acciderit*, ἐάν τι συμβῇ, ἐάν
τι πάσχω, pro *ſi moriar. l.* 162. §. 1. *de verb. ſign.*
Abſtinebant a mortis vocabulo, tanquam ominoſo.

Sin autem ſupervixiſſet, *&c.*) Tribus caſibus mortis
cauſa donatio ſit irrita; ſi donator ſalvus evaserit,
quod hic dicitur *ſupervixerit*, ſi donationis eum pœ-
nituerit; ſi donatario ſupervixerit, *l. mortis* 16. *d. l.* 29.
& ſeq. eod. l. non omnis 19. *de reb. cred.* Si ſalvus eva-
ſerit, ſic accipe, licet donatarius adhuc vivat: ſi ſu-
pervixerit donatario, ſic, etſi periculum adhuc duret,
cujus contemplatione donatio facta. Plane ſi quis ſa-
nus & valens extra ſuspicionem alicujus periculi, ſo-
la cogitatione mortalitatis commotus, donaverit, non
puto irritam fieri donationem, ſi forte donator mor-
bum aliudve periculum, in quod poſtea incidit, eva-
ſerit: nam nihilominus causa donandi manet, Soar.
*in recept. lit. D. num.*29. D. Tuld. *comm. hic c.*5.

Ad exemplum legatorum redacta ſunt per omnia)
Fere ſcilicet; quam particulam mox etiam ipſe expri-
mit, cum conſtitutionis memini, qua hæc exæqua-
tio facta eſt. Intelligit autem *l. ult. C. h. t. de mort. cau. don.*
qua quidem hanc donationem ad ſimilitudinem lega-
torum revocat: ceterum non ſimpliciter, & per omnia,
ſed κατά τι & maxime ratione effectorum. In aliis
vero magna adhuc diſſimilitudo eſt: de quo habebi-
mus, quod certo ſtatuamus, ſi res hæc inductione
utriusque generis exemplorum declaretur. Similitu- 2
do hujus donationis & convenientia cum legatis in his
cernitur. 1. Quod, quemadmodum in omni voluntate,
quæ teſtamentum non ſit, quinque teſtes deſideran-
tur, *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* ita & in mortis causa do-
natione, idque ad ſolemnitatem actus *l. ult. C. h. t.* 2.
Quod, ſicut legata a vivo teſtatore revocari poſſunt,
nec quicquam ſuprema voluntate relictum valet, ni-
si poſt mortem relinquentis; ita & hanc donatio-
nem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut
perfecta habeatur, quam mors donatoris inſecuta ſit,
l. ſi mortis 29. *& l. ſeq. l. non videtur* 32. *h. t.* 3. Quod,
ſicut dominium rei legatæ ſtatim a morte teſtatoris
tranſit in legatarium, ita rei mortis causa donatæ,
nec ante traditæ ſtatim a morte donatoris in dona-
tarium, *l.* 2. *de publ. in rem act.* Hæc ſufficiunt,
ut donatio mortis causa numeretur inter acquiſitiones
civiles. Illud autem falſum eſt, quod Gloſſa, Bart.
Caſtr. in *l. qui mortis* 30. *h. t.* tradunt, & ſequitur
Gomez. II. *reſ.*4. *n.*20. dominium rei mortis causa do-
natæ ſtatim, ut donatio facta eſt, tranſire, etiamſi
traditio nulla ſecuta ſit. Nam sive cum contracti-
bus hanc donationem conferre placet, explorati juris
eſt, ex contractu nullo citra traditionem dominium
transferri; sive cum legatis, conſtat dominium rei
legatæ demum poſt mortem teſtatoris in legatarium
transire. 4. Quod, sicut legatario ſubſtitui poteſt;
ita & noſtro donatario, *l.* 1. *C. eod.* 5. Quod hæc dona-
tio, perinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l.*
Seja 42. §. 1. *h. t. l.* 2. *C. eod.* 6. Quod in ea locum
habet jus accreſcendi inter conjunctos in eandem rem,
l. un. §. *hac autem* 14. *C. de cad. toll.* Gomez. 1. *reſol.*
10. *num.* 7. 7. Quod, quemadmodum conjux conju-
gi legare, ita & mortis causa donare poteſt *l.* 9. §.
ult. & ll. ſeqq. de donat. int. vir. & ux. 8. Poſtremo,
quod in hoc genere donationis non opus eſt inſi-
nuatione, *l. ult. C. hoc tit.* Diſſimilitudo & Diſcrepan- 3
tia elucet in his: 1. Quod mortis causa donatio sic
fieri poteſt, ut nullo casu revocetur, *l. ſi alienam* 13.
de mort. ca. don. quod ſecus eſt in legatis, *l. ſi quis* 22. *de
legat.* 3. *l.* 4. *de adim legat.* Quanquam fatendum eſt,
talem mortis-causa donationem naturam mutare, &
effectu eſſe donationem inter vivos, *l. ubi ita* 27. *eod.*
idque eleganter oſtendit D. Joan. Deckher, *diſſert.* 1.
n. 40.

n.40. & ſeq.2. Quod donatio hæc ab aditione hæreditatis, ſicut legatum, non pendet, ſed ſola morte confirmatur donantis, *l.non videtur* 32. *eod.fac. l.* 5. *§.qui mortis* 17.*de his quæ ut indig.*Clar.*lib.* IV. *§. donatio quæſt.*5.*n.*2.3. Quod donatio in ſingulos annos una eſt, legatum tale multiplex; itaque illa ad hæredes pertinet; at primi anni legatum duntaxat purum eſt, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarii ante diem non tranſit, *l.ſenatus* 35. *§.ult. hoc tit. l.*4.*de ann.legat.*4. Quod in mortis cauſa donationibus, an quis capere poſſit, non donationis, ſed mortis tempus inſpicitur, *l. in mortis* 12. *hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti teſtamenti ſpectetur, *§. in extraneis* 4. *inſ. de hær.qual.* 5. Quod donatio fit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius teſtatoris nihil deſiderat: unde legatum etiam in abſentem & ignorantem conferri poteſt: donatio autem a præſente in præſentem conferenda: *l.inter mortis* 38. *hoc tit.* aut utique in abſentem per nuntium aut literas, ut ſciat, & donationem accipiat, *l.*10. *eod.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* VIII. *tit.* 1. *n.*36. Quod ſi quis abſenti & ignoranti ſe donare quid ſimpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommiſſi ex communi interpretum ſententia. His de cauſis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. ſenatus* 35. §.3. unde etiam illud eſt, quod filiusfam. conſenſu patris mortis cauſa donare poteſt; quamvis teſtamentum facere non poſſit, nec permittente patre, *l.tam is* 25. §.1. *eod.* vulgo DD. ſic diſtinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in eſſe producitur: effectu autem, & cum in eſſe producta eſt, rationem ultimæ voluntatis. Ceterum hoc per omnia verum non eſſe, tum numerus teſtium, & remiſſio inſinuationis, liquido oſtendit, tum quod hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

Cum prudentibus ambiguum fuerat) Familiare Juſtiniano eſt, cum quid quaſi novum conſtituit, veterum Juriſconſultorum allegare ambiguitatem: in quo tamen ſæpe fallitur, & fortaſſis etiam hoc ipſo loco. Sane in reſponſis veterum nullum hujus ambiguitatis veſtigium apparet. Tradunt illi, quod hic a ſe factum ait Juſtinianus, donationes mortis cauſa ad exemplum legatorum eſſe revocatas, *l. Marcellus* 15. *l. illud* 37.*eod. l.*2. *de Publ. in rem act.* Manſit tamen adhuc nonnullum inter hæc diſcrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet: nec hoc diſcrimen a Juſtiniano ſublatum eſt.

Magis ſe quis velit habere, &c.) Ex Marciano *l.* 1. *eod.* Eſtque hæc ratio, cur donationem mortis cauſa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium ſolum cogitat, atque illum, quam ſe, habere mavult: in donatione autem mortis cauſa, cui donat, ſe primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepiſſe potius, quam dediſſe mavult. In ſumma, ſe potius habere vult, quam eum, cui donat: illum deinde potius, quam hæredem ſuum. *d. l. ſenatus* 35. §. 2. *eod.*

Sic apud Homerum) *Odyſſ.* XVII. *v.* 77. ubi Telemachum ex peregrinatione reverſum, quam patris Ulyſſis conquirendi cauſa ſuſceperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vaſa illa aurea & argentea, quibus Telemachus a Menelao donatus erat, quæque ſecum Piræus aſportarat, quæſitum mittat; ancillis Telemachi ſe traditurum. Cui Telemachus in hanc ſententiam reſpondet; Piræe, quoniam incertum eſt, qualis harum rerum exitus ſit futurus, ſi me feroces proci domi ex inſidiis necent, paternaſque opes diripiant, malo te vaſa hæc tibi habere, quam illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum afferam, tum vero tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Eſt & mortis cauſa donatio in *Alceſtide* Euripidis, ubi ſic Hercules: γυναικα την δε μοι σωσαι λαβων, &c. Adi de hac donatione Covar. *rubr. de teſtam. part.* 3.

Textus.

De ſimplici inter vivos donatione.

2. *Alia autem donationes ſunt, quæ ſine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus: quæ non omnino comparantur legatis: quæ ſi fuerint perfectæ, temere revocari non poſſunt. Perficiuntur autem, quum donator ſuam voluntatem ſcriptis aut ſine ſcriptis manifeſtaverit. Et, ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit, ut, etiamſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur, & traditionis neceſſitas incumbat donatori. Et quum retro Principum diſpoſitiones inſinuari eas actis intervenientibus volebant, ſi majores fuerant ducentorum ſolidorum, conſtitutio noſtra eam quantitatem uſque ad quingentos ſolidos ampliavit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit. Sed & quaſdam donationes invenit, quæ penitus inſinuationem fieri minime deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem. Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex noſtris conſtitutionibus, quas ſuper his expoſuimus, colligenda ſunt. Sciendum eſt tamen, quod etſi pleniſſimæ ſint donationes, ſi tamen ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt, donatoribus per noſtram conſtitutionem licentiam præſtitimus certis ex cauſis eas revocare: ne illi, qui ſuas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam, vel jacturam, ſecundum enumeratos in conſtitutione noſtra modos.*

Notæ.

Perficiuntur autem) De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præſtatione promiſſi.

Noſtra conſtitutio) *l.*35. §.*ult. C. eod.* ubi pacto donationis cauſa facto verbis in præſens conceptis, veluti *dono tibi centum aureos*, eandem vim tribuit, quam habet ſtipulatio, ut ex eo obligatio & actio naſcatur, contra regulam juris antiqui, *l.*7.§.4.*D.de pact.* Unde tale pactum hodie legitimum, pariens condictionem ex lege *per l.*6. *d.t.*

Ad 500. *ſolidos*) Ad 300. primum *l.*54. *C.eod.* noviſſime ad 500. *l. pen.* §.*ult. C. eod.* Sed definitum modum excedens inſinuata non eſt, non in totum irrita ſed quatenus excedit, *d.l.*34. *Nov.*162. *c.*1.§.*ult.* τὸ ὑπερπλέον μὴ ἰσχυέτω. Baſ. 47. *tit.*1.

Noſtris conſtitutionibus.) *L.*33. *d. l.*34. *pr.* §. 1. *pen. & ult. l. ult. C. eod.*

Ex certis cauſis) Inſignis ingratitudinis: cujus generis cauſæ enumerantur quinque *l.ult.C.d.t.* Plerique addunt & aliam, ſupervenientiam ſcil. liberorum, ex *l.*8. *C. eod.* quæ tamen conſtitutio tantum de donatore patrono & liberto donatario loquitur, nec a Græcis extenditur. Baſil.47. *tit.*1.Harm.111.*tit.*2.Vide fuſius in Comment.

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*
2. *Non ex quolibet pacto donationis cauſa facto obligationem ex conſtit. Juſt. naſci.*
3. *Errare eos, qui putant, ſimplex pactum donationis, vi conſtitutionis Juſt. parere actionem in rem.*
4. *Donationes, quæ inſinuationem non deſiderant, recenſita.*
5. *Ad uberiorem exitum donationum a Juſtiniano quæ inventa?*
6. *Neque heredem donatoris revocare donationem, neque ab heredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus poſſe.*
7. *In l.* ſi unquam, 8. C. de rev.don. *conſtitui jus ſingulare, quod non producendum ad conſequentias.*

Agitur hic de donatione propria. Quæ alias vera, abſoluta, & mera, *l. ſenatus* 35. §. 2. *de mort.ca.don.l.Aquilius* 27. *hoc tit.* alias ſimplex. *l.ſi filia* 20. §.*ſi pater* 3.*fam.erc.l.cum multa* 10.*C.de don. ant.nupt.l.pen.*§.1.C.*de collat.* alias directa, *l. donatio* 25. *hoc tit.C. de donat.* alias inter vivos, ut hic & *l. ubi ita* 27.*de mort.ca.don.* appellatur. Deſcripſimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis) Hotom. Weſemb. Giphan. *omnino non*; ita enim eſſe in veteribus libris. Ut ſit ſenſus, Donationes inter vivos nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legiſſe apparet paraphraſtem Græcum: vertit enim μηδαμῶς. Et ſunt ſane hæ donationes plane diſſimiles legatis, neque natura, neque proprietatibus, neque forma, neque effectu ullam cum legatis ſocietatem habentes. Pro tuenda tamen vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quod in utroque ſit cauſa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile eſſe videtur: cum nullæ res tam ſint diſſimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non poſſunt) Mortis cauſa donatio temere, hoc eſt, pro arbitrio, facile, & ſine cauſa revocari poteſt: quippe quæ hanc in ſe ſemper conditionem habet, ut revocare liceat. Vera autem donatio natura ſua irrovocabilis eſt: ἡ δωρεὰ δόσις ἀναπόδοτος ait Ariſtot.IV. *Topic.*4. nam quod hanc etiam aliquando revocare licet, id ex accidenti eſt & facto donatarii, pro beneficio inſignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui ſic donat, ut nullo caſu velit ad ſe reverti, *l.*1.*hoc tit. l.ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* Utique tamen ſi præſciviſſet donator, ingratum fore donatarium, abſtinuiſſet dubio procul a beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo ſub finem hujus §.

Perficiuntur autem, cum donator voluntatem ſuam) Poterat hæc res plenius & planius proponi; & poterat æque paucis verbis. Ait donatione inter vivos perfici, quum donator voluntatem ſuam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio eſt ſine acceptione, *l.abſenti* 10. *hoc tit. l. hoc jure* 19.§.2. *eod.* quippe datio acceptatione confirmatur: nec poteſt videri datum, quod non eſt acceptum. Et recte in illum locum Comici: *Dos eſt decem talenta. Accipio.* Vetus interpres, *niſi*, inquit, *dixiſſet, accipio, dos non eſſet.* Perficitur donatio ex conſtitutione Juſtiniani ſolo conſenſu, ut emptio & venditio: non eſt igitur perfecta habenda, antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto caſu comprehenſo *l.* 15. *C.de ſacroſ. Eccleſ.* favore Eccleſiæ. Denique in omni conventione conſenſum mutuum intervenire oportet; VINN. 1

Sed ex his locis vix probari poteſt acceptationis neceſſitas, Nam *l.* 10. & *l.* 19. §. 2. *ff. de don.* loquuntur de acceptione reali. Locus Terentii ex *Andr. Act.*V. *ſcen.*IV. *v.* 47. non pertinet ad pactum donationis, ſed ad contractum verbalem, qui veteribus dicebatur *dotis dictio*. Vid. *Antiqq.Rom.* noſtr. *lib.*II.*tit.*VII. §. 4. Immo nulla lege acceptationem hanc exigi pereruditа diſſertatione *de differentiis juris Rom. & Germanici in donatione & acceptatione* docuit Vir Perilluſtris Jo.Petrus a Ludewig, Acad. Fridricianæ Cancellarius, & olim Collega mihi conjunctiſſimus. Neque tamen res ipſa ideo neganda, quum ex natura pactorum fluat, quod utrumque conſentire oporteat in unum placitum quod fieri aliter non poteſt, quam id quod donatur vel verbis, vel factis accipiendo; maxime quum non ſemper dona grata ſint, & ſæpe locum habeat illud Severi; Οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων. *l.* 6. §. 3. *ff. de offic. procoſ.* HEIN. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis eſt, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim vere & plene demum perficitur & conſummatur donatio, doni & promiſſi præſtatione. Eodem modo emptio venditio perfici dicitur, ſimul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. *inf. de empt. & vend.* At conſtat, eam non ante pro conſummata haberi, quam res tradita & pretium ſolutum ſit. Videtur autem Juſtinianus hoc loco id tantum indicare voluiſſe, quod ipſe conſtituit, ex nudo pacto donationis obligationem introducens, *l. ſi quis argentum* 35. *C. hoc tit.* contra regulam generalem juris anti-

tiqui. *l. juris gentium* 7. §. *ſed cum nulla* 4. *de pact.* Sic eſt; perficitur donatio aut traditione & præſtatione rei donatæ, quæ vera perfectio eſt. Imo non prius proprie dicitur eſſe donatio, quam res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam ut oſtendimus *ad rubr.* donatio proprie ipſam translationem rei ſignificat: & poteſt etiam incipere ſtatim a traditione, & perfici citra conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adſtringit neceſſitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata eſt in perſonam actio. Conventio hujus generis una tantum olim fuit, ſtipulatio. Juſtinianus autem eandem vim tribuit etiam pactioni nudæ. *d. l. ſi quis* 35. §. *ſed ſiquidem* 5. *C. hoc tit.* Unde pactum donationis hodie pactum eſt legitimum, *arg. l.* 6. *de*
2 *pact.* & ibi Cujac. Neque tamen ex quovis pacto donationis cauſa interpoſito, obligationem naſci voluit Juſtinianus, ſed ex eo tantum, quo quis in præſentia donare dicit, verbis in præſens, non in futurum conceptis; veluti ſi quis dicat: *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *d. l.* 35. *ſi donaverit, ſi donationem faciat feceritve, ut tradat, quod donaverit*. Quod ſi quis donaturum ſe pacto promittat; manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur, per *l. præcipimus* 32. *in fin. C. de appel. l. ſancimus* 27. *C. de teſtam.* add. Parlador. 11. *rer. quotid.* 3.
3 *n.* 9. D. Tulden. *hic c.* 2. Perſpicue autem errant Contius *lib.* 1. *diſp.* 12. Gudelin. *lib.* 11. *de jur. noviſſ. c.* 3. dum exiſtimant, quod Juſtinianus conſtituit, donationem etiam nudo conſenſu perfici, hoc non tantum eo
4 pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, neceſſe habeat tradere, ſed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quaſi ſimplici pacto dominium ei quæſitum ſit. Non enim majorem vim Juſtinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quam ſtipulationi. At ſi ſtipulatio intervenerit, veterem actionem ex ſtipulatu relinquit; quæ utique cum in perſonam ſit, arguit, dominium non eſſe translatum. Si omiſſa ſit ſtipulatio, condictionem dat ex lege, *d. loco* & apertius *Nov.* 162. *c.* 1. Atqui nulla quoque conditio, quæ non ſit actio in perſonam §. *appellamus* 15. *inſ. de act.* Denique ipſe ſupra §. *per traditionem* 40. *de rer. div.* nominatim in propoſita ſpecie confirmat regulam traditam *l. traditionibus* 20. *C. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis) Quemadmodum emptio venditio perficitur ſimul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione ſtatim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere poteſt ad rem tradendam: *inſt. de empt. & vend. in pr. &* §. 3. ita ex conſtitutione Juſtiniani, ſimul ac donator ſive ſcriptura, ſive verbis quibuſvis idoneis ſe quid donare declaraverit, etiamſi nulla intervenerit ſtipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator, rem tradere, cogatur. Porro an ſicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis, ſit contractus? item an ut donator, ita quoque & venditor, rem præciſe tradere teneatur? an liberetur præſtatione ejus, quod intereſt? inquirere non eſt hujus loci. Illud conſtat, non eaſdem eſſe præſtationes donatoris & venditoris: donatorem ad dandum, venditorem ſimpliciter ad tradendum teneri: donatorem in quantum facere poteſt, venditorem in ſolidum condemnari, hunc teneri nomine evictionis, illum non item. *l.* 18. §. *ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter ſe, ut ſimilia, comparantur. Nam in omni ſimilitudine inſpiciendus eſt principalis ſcopus atque intentio ejus, qui ea utitur; cui ſcopo ſi ſerviat, cetera ſimilia ſint, an diſſimilia, parum refert.

Inſinuari actis intervenientibus volebant, &c.) Lex civilis neminem donare aut liberalem eſſe vetat: ceterum proſpexit, ne cujuslibet ſummæ aut quantitatis donatio ſtatim rata eſſet. Et recte: expedit enim reipubl. ne quis temere patrimonium ſuum effuſis largitionibus exhauriat. Hoc enim eſt re ſua male uti, eamque perdere. Modum donationibus primum impoſuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit.* 1. ſcribit ne ſupra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam ſi conjunctis perſonis donaretur. Quod jus uſque ad Conſtantini tempora duraviſſe videtur, per *l.* 3. *C. Theod. hoc tit.* Unde exiſtimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuiſſe ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuiſſe inſinuandam, hoc eſt, conſignandam literis publicis, quod Conſtantinus etiam cuſtodiri voluit inter neceſſarias conjunctaſque perſonas, *l.* 5. *C. Theod. l. data* 27. *C. h. tit.* Juſtinianus autem quantitatem auxit. Primum ad trecentos, *l. ſancimus* 34. *C. eod.* deinde ad quingentos ſolidos, *l. pen.* §. *ult. C. eod.* atque ad hanc uſque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permiſit, etiam ſine donationis inſinuatione. Si vero hanc ſummam donatio ſuperaret, non aliter ratam eam eſſe voluit, quam ſi in acta publica relata eſſet. Neque tamen in totum irritam eſſe juſſit donationem, quæ ſummam definitam excedens actis inſerta non eſſet, ſed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *d. l. ſancimus* 34. *C. hoc tit. Nov.* 162. *c.* 1. §. *ult.* Atque ita in pleriſque locis etiamnum utimur. Gomez. 11. *reſol. c.* 4. Perez *C. h. t. n.* 35. Sande *lib.* v. *tit.* 1. *defin.* 3. Vinn. Multa hic cumulat auctor, nec certa ſatis, nec accurata. Incertum modum a lege Cincia donationibus præfinitum fuiſſe ducentorum aureorum: ſiquidem multo majores donationes a Plinio factas novimus ex ejus *Lib.* vi. *Epiſt.* 25. & 32. *Lib.* vii. *Ep.* 14. & alibi. Incertum ergo non minus, Conſtantinum vel potius Conſtantium Chlorum in *l.* 1. *C. Th. eod. h. t.* legem Cinciam ſuſtuliſſe, quum eam potius magis reddiderit rigidam, impoſita inſinuationis neceſſitate. Plura in eam rem præter Jac. Gothofredum, & Fr. Brumerum notavit V. C. Schulting. ad Ulpian. *tit.* 1. *p.* 561. Ego id moneo, locum Arnobii *adv. gent. lib.* 11. *p.* 91. nec de hoc capite legis Cinciæ videri intelligendum, nec de altero quod in donatione ſolemnitatem mancipationis exigebat: ſed de donis & muneribus a patrono cauſſarum non accipiendis, quod aliquoties revocatum in uſum, jam a Claudii temporibus cœpit obſoleſcere. Hein.

Uſque ad quingentos ſolidos) Quæ ſumma noſtra moneta efficere creditur 2500. Carolenos. Taxatur enim ſolidus, qui & aureus, (ut patet ex innumeris locis & collatione ſequentium, *l.* 5. §. *prætor ait* 6. *de his, qui eff. vel dejec. cum* §. 1. *inſ. de obl. quæ quaſ. ex del.* item *l. pen. & ult. de in jus voc. cum* §. *ult. in fin. inſ. de pœn.*

tem.

tem lit. item l. 8. in fin. & l. 9. de inoff. cum l. cum ex falſis. 47. de man. teſt.*) centum ſeſtertiis, ſive quinis Carolenis, aut duobus ſcutatis ſive coronatis. Grot. *ſparſ. flor.* Quanquam non idem perpetuo pondus, nec conſtans ſolidi æſtimatio fuit. Qua de re conſulendi Budæus *de aſſ. l.* III. & v. Hotom. *de re numm. cap. de numm. aur.* Covar. *de collat. vet. numiſm. cap.* 2. Dictus vero eſt ſolidus, non quia nummus erat integer, & ad differentiam ſemiſſium & tremiſſium, qui valebant dimidiam & tertiam ſolidi ſive aurei partem.

Quæ inſinuationem minime deſiderant) Harum numero ſunt donationes Principales, quas ſcilicet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt. *l. ſancimus.* 34. *C. hoc tit.* Item donatio propter nuptias. *Nov.* 119. ubi in vulgari verſione nomen ſponſalitiæ largitatis ſumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco eſt, ὡς τὴν διὰ τοὺς γάμους δωρεὰν &c. Poſtea diſtinctio aliqua adhibita *Nov.* 127. §. 2. *auth. eo decurſum. C. de don. ant. nupt.* Præterea ſi quid pro redemptione captivorum, pro reſtitutione ædium incendio aut ruina conſumptarum, aut ſi quid fortiſſimis militibus donatum ſit a militum magiſtris, quanticunque ſit pretii, quod donatum eſt, valet donatio, etiamſi actorum auctoritate non nitatur. *l. pen. in pr.* §. 1. & 2. *C. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem reſpiciunt, dubitatum eſt, aliquone privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum cenſeri. Ratio dubitandi, quia cum adhuc ceteræ donationes, quæ trecentos ſolidos ſuperarent, inſinuationem deſiderabant, in pias cauſas collatæ uſque ad ſummam quingentorum ſolidorum ſtabant etiam ſine inſinuatione *d. l.* 34. §. 1. Unde dicendum videtur, poſtquam conſtitutum eſt, ut quævis donatio uſque ad 500. ſolidos etiam ſine monumentis valida ſit, *d. l. pen. in fin.* privilegium quod donationes in pias cauſas factæ habuerunt, proportionaliter producendum eſſe, atque hujus generis donationes etiam ſine fide monumentorum ſubſiſtere debere minimum uſque ad ſolidos ſeptingentos. Communis tamen DD. in *l. illud.* 19. *C. de ſacroſ. eccleſ.* & *d. l.* 34. *hoc tit.* ſententia eſt, donationum ad pias cauſas nullum amplius eſſe privilegium, ſed in his idem, quod in ceteris obſervandum, ut ſi 500. ſolidos excedant, actis eas inſinuare neceſſe ſit, propterea quod Juſtinianus privilegium piæ cauſæ expreſſe non auxit, imo potius ſuſtuliſſe videtur *d. l. pen.* cum ſancit, ut id, quod antea jus ſingulare erat piæ cauſæ, jus commune eſſet omnium donationum, quæ non ſimpliciter a neceſſitate inſinuationis exemptæ ſunt.

Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum) Huc refero, quod Juſtinianus conſtituit, ut majoris ſummæ donationes, quæ actis inſcriptæ non ſunt, non omnino, ſed tantum quatenus legitimam ſummam excedunt, vitientur. *d. l.* 34. §. 1. *C. hoc tit.* Item, ut plurium donationum eidem, ſed diverſis temporibus, factarum, ſummæ non ſimul æſtimentur, ſed cujuſque donationis ſeparatim & diſtincte, utque idem fiat, cum annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii. *d. l.* 34. §. *pen.* & *ult.* Poſtremo quod rejici juſſit verba, quæ in donationibus poni ſolita erant, *ſeſtertii, nummi unius, aſſium quatuor,* &c. *l. ult. C. eod.* nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio, ſeu mancipatio, quoties ſcilicet res, quæ donabantur, erant mancipi; alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob cauſam qui volebat donare, cogebatur ſimulare venditionem, & dicis cauſa unum nummum accipere, adi Cont. 1. *diſp.* 16.

Si tamen ingrati) Simplex & mera donatio temere, ut ſupra dictum eſt, revocari non poteſt: non ſola pœnitentia, ut donatio mortis cauſa; ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Ceterum ſi inſignis ſit illius ingratitudo, & talis, quæ ſceleri affinis ſit aut conjuncta, etiam hujuſmodi donationem revocare merito, & tanquam ab indigno auferre conceſſum eſt. *l. ult. C. de revoc. don.* Poteritque eo nomine vel judicis implorari officium, vel agi condictione ex *d. l. ult.*

Donatoribus licentiam præſtitimus) Donatoribus ſolis, non etiam hæredibus eorum, *l. his ſolis,* 7. *d. l. ult. C. de rev. don.* quippe actio, quæ adverſus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujuſdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo perſonalis eſt, atque actioni injuriarum in hoc ſimilis, quam conſtat hæredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari, *d. l.* 7. junct. §. 1. *inſ. de perp. & temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec ſi ipſi ingrati, non donatarius, extiterint, *arg. dd. ll.* Quinimo nec videtur recte poſſe objici ingratitudo ſucceſſori ejus, cui donatum eſt: longeque alia eſt ratio feudi, quod non tantum primum inveſtitum, verum etiam ſucceſſores ejus ad certa officia præſtanda obligat.

Ex certis cauſis) Quæ numero quinque exprimuntur, *d. l. ult.* & nimirum hæ, ſi donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; ſi illi impias intulerit manus, ſi vitæ ejus inſidietur; ſi grandem jacturæ molem ſubſtantiæ & bonis donatoris ingeſſerit, ſi conventiones donationi appoſitas implere nolit. Enimvero licet plures cauſas non enumeret Juſtinianus, atque ob eas tantummodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat: aſſentior tamen communi DD. ſententiæ, qui negant, ſimiles & majores cauſas ob id excludi oportere, uti recte iidem etiam admittunt cauſas alias exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov.* 115. *cap.* 3. de quo uberius *inf. de inoff. teſtam.* eoque jure utimur. Grot. III. *introd. cap.* 2. Additur a DD. & alia cauſa revocandæ donationis, ſi ſcilicet donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit, per *l. ſi unquam.* 8. *Cod. d. tit.* Tametſi enim ea lex tantum loquatur de patrono & libertis, quorum propria & diverſa prorſus in pleriſque rebus ratio eſt, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcunque donationes eodem iſto jure cenſendas, ut inſperato ſuccedens filiorum ſoboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento, quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in ſe continere tacitam conditionem, ſi liberi ipſi poſtea nati non fuerint, de quibus ſi cogitaſſet, donaturus fuiſſe credi non debeat; cum nemo præſumatur ſucceſſiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus.* 102. *de cond. & dem. l. cum acutiſſimi.* 30. *C. de fideicom.* Ego vero, etſi hæc ſententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, auſim affirmare, eam mentem Conſtantini, cujus eſt *d. l. ſi unquam.* 8. minime fuiſſe.

tus, qui ſolus onera matrimonii ſuſtinet, careat omni commodo dotis, maxime poſtquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & in quantitate & in pactis reſpondeat, *Nov.* 97. Plane Juſtinianus non putavit reprehendendos Judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem poſt ſolutum matrimonium, *Nov.* 61. §. 1. ſed locus ipſe oſtendit eos hoc non feciſſe ex ratione juris, neque directam in rem dediſſe, ſed utilem; quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita ferme & D. Bachov. *hic.* VINN. Immo non opus eſt poſtrema reſponſione. Nam quum ipſe fateatur auctor, uxori in rebus propter nuptias donatis competere jus pignoris: quidni eadem habeat actionem in rem, puta quaſi Servianam? An ſi mihi actio in rem competit, inde ſequitur ut ſim Dominus? Idem dicendum ad *l.* 29. *C. de jur. dot.* ubi *vindicare* dicitur uxor donationem propter nuptias. *Vindicationes* enim veteribus dictas eſſe actiones omnes in rem, vel ex §. 15. *Inſt. de action.* manifeſtum eſt. HEIN.

A junioribus divis principibus) Tempore Conſtantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippe qui hoc tantum introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, ſi nuptiæ ſequerentur, *l.* 15. *C. de don. ant. nupt.* Secutis autem nuptiis adhuc pleniſſimo jure, quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepiſſet: nec a ſponſo ſolum, verum etiam a ſponſa Conſtantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l.* 16. *C. eod.* Poſtea placuit, ut ad donatorem ſoluto matrimonio revertatur, *l. ult. C. eod.* At donatio, de qua hic agitur, a ſolo ſponſo fit, nec ita unquam, ut ſponſæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non recte Juſtinus permiſiſſet, ut conſtante matrimonio augeretur; quoniam tali augmento incidiſſet in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubie Imperator principes Conſtantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc ſubſtituerunt, quæ a ſolo ſponſo vel viro fit propter dotem, & in dotis ſecuritatem; & quæ non ſolum nuptiis non ſecutis nullius momenti eſt; ſed nuptiis etiam ſecutis & poſtea diſtractis reſolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potius apud eum remanente: quia, ut modo probavimus, mulier per hanc donationem nec proprie nec vere domina conſtituitur. A quibus autem introducta aut quo tempore primum recepta ſit, incertum eſt. Illud patet, ſub Theodoſio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuiſſe, *l. conſenſu.* 8. §. *hac niſi.* 4. *C. de repud.*

Primus divus Juſtinus pater noſter) Initio donationes ante nuptias poſt contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Juſtinus, quem hic patrem ſuum Juſtinianus appellat, ut & *inf.* §. *pen. quib. non eſt perm. fac. teſt.* quoniam ab illo avunculo ſuo adoptatus fuit, permiſit, ut aucta poſtmodum dote tunc etiam augeri poſſet præcedens ante nuptias donatio, *l. ſi conſtante* 19. *C. de don. ant. nupt.* Juſtinianus autem etiam inchoari hujuſmodi donationes poſt nuptias permiſit, *l. ult. C. eod.* Ceterum hæc ita, ut ſi poſt contractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minime excederent, ne fraus fieret Senatuſconſulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

Sed etiam conſtante matrimonio initium accipiant) Hoc a Juſtiniano conſtitutum *d. l. ult. in pr. verſ. ſimplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat; quamvis dos data eſſet: poteratque aut nulla conſtitui, aut dote minor, majorve etiam, ſi ante nuptias fieret: nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantum pacta, quæ inter virum & uxorem fierent, de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim a Leone conſtitutum erat, ut quantam partem ſtipulata fuerat mulier ſibi lucro cedere ex ante nuptias donatione poſt mortem mariti, tantam maritus ex dote ſibi ſtipularetur ab uxore, *l. ex morte.* 9. *C. de pact. conv. tam ſup. dot.* Cui Juſtinianus addiderat, ſi pacta lucrorum paria non eſſe contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l.* 10. *d. t. d. l. ult. verſ. ſimplices*, quæ confirmantur adhuc *Nov.* 22. Tandem Juſtinianus *Nov.* 97. 6
unde ſumpta *auth. æqualitas. C. de pact. conv. tam ſup. dot.* ſtatuit, ut non partium ſolum æqualitas eſſet, verum etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis ſtipulationibuſque, & in ipſa etiam præſtatione aut promiſſione, tam dotis quam donationis ante nuptias æqualitas ſervaretur: utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur: ex quo amplius liberum non fuit donare, vel non donare, aut minus dote donare. Ceterum hanc conſtitutionem cum ſua exæquatione & donandi neceſſitate jam pridem repudiavit publica conſuetudo, ut notant Accurſ. *d. auth. æqualitas.* Bald. Salic. *in ſumma d. l. ex morte.* Schneid. *hic. n.* 4. Gail. 1. *obſ.* 36. *n.* 10. Quin etiam Cujac. v. *obſ.* 4. refert donationes propter nuptias penitus ex uſu ſublatas eſſe. Sane in Belgio proprie neque donationum propter nuptias neque dotium uſus eſt, quanquam bona, quæ mulier in matrimonium confert, 7
dotem adhuc appellamus. Doarium autem ſive dotalitium, quod moribus receptum, mera donatio eſt, quam mortuo marito uxor percipit & lucratur: & ideo conſtante matrimonio neque conſtitui neque augeri poteſt, ſed pactis antenuptialibus duntaxat. Conſulantur ſuper hac re D. Neoſtad. *de pact. antenupt.* Joan. a Sande *lib.* 11. *tit.* 4. *fere per tot.* Grot. *lib.* 1. *manuduct. ad Bat. juriſp. c.* 5. & *lib.* 11. *c.* 11. *cum* 2. *ſeqq.* Pet. Greg. *ſyntagm.* xi. *c.* 4. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviſſ. cap.* 8. de jure mariti in bonis uxoris & ſocietate conjugali, idem *d. lib.* 1. *c.* 7. de jure ſuperſtitis conjugis & lucris nuptialibus, idem *d. lib.* 1. *c.* 11. add. D. Lamb. Goris *adverſ. jur. tract.* 1. *fere per tot.* Quibuſdam in locis certæ partis bonorum mariti uſusfructus pro doario uxori aſſignatur legibus municipalibus, vid. Chriſtin. 1. *vol. deciſ.* 73. 237. 273. & *illic citat.*

Sed propter nuptias vocentur) Juſtinianus donationem ante nuptias appellari voluit donationem propter nuptias; quoniam & augeri eam & fieri etiam poſt nuptias permiſſum ſit, *l. ult. C. de don. ant. nupt.* quod non eſt magni momenti: & vetus nomen Rubrica Codicis retinuit. Rectius appellaretur donatio propter dotem, quod reſpondet vocabulo, quo Græci utuntur, quibus dicitur ἀντίφερνη. Ceteroquin & dos propter nuptias donatio eſt, *d. l. ult.* TEX-

Textus.

De jure accreſcendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquiſitionis per jus accreſcendi, quod eſt tale. Si communem ſervum habens aliquis cum Titio, ſolus libertatem ei impoſuerit, vel vindicta vel teſtamento, eo caſu pars ejus amittebatur, & ſocio accreſcebat. Sed cum peſſimum fuerat exemplo, & libertate ſervum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, ſeverioribus autem dominis lucrum accedere, hoc, quaſi invidia plenum, pio remedio per noſtram conſtitutionem mederi neceſſarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumiſſor, & ſocius ejus, & qui libertatem accepit, noſtro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas ſtatuiſſe manifeſtum eſt) & eo, qui eam libertatem impoſuit, ſua liberalitatis ſtabilitate gaudente, & ſocio indemni conſervato, pretiumque ſervi ſecundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

Commentarius.

Alius modus civilis acquiſitionis) Vel hinc apparet, ſuperiores acquirendi modos inter acquiſitiones civiles a Juſtiniano numerari. Subjicit autem hic pro concluſione alium civilis acquiſitionis modum, ſed antiquatum, & quem ipſe jam antea abrogaverat, quo ſcilicet pars unius domini communem ſervum manumittentis ſocio quærebatur jure accreſcendi. Quod jus donationi valde affine erat; quoniam & ipſum cauſa erat mere lucrativa: & quia dominium iſtius partis citra traditionem tranſibat ad ſocium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: eſtque caſus quidam, quo jus accreſcendi locum habebat extra cauſam ultimarum voluntatum. Vinn. Sed ſuppetunt plures, veluti in uſufructu *tit. ff. de uſufr. accr.* & in ſocio liberalitatis imperialis. *l. un. C. ſi lib. imp. ſoc.* Hein.

Vindicta vel teſtamento) Meminit duntaxat manumiſſi vindicta aut teſtamento: quia alio modo, puta per epiſtolam, aut inter amicos, manumiſſus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis ſervum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iiſdem modis communem manumittens partem ſuam amitteret, eaque accreſceret ſocio: quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis communem manumittens nihil ageret, id eſt, neque Latinum faceret, neque partem ſuam amitteret, Ulpian. *tit. 1. de libert. §. communem* 18. Paul. IV. *ſent. 12. in pr.* Vinn. Immo ex Ulpiani loco patet, circa manumiſſos per epiſtolam aut inter amicos diſſenſiſſe veteres, & non omnes, ſed pleroſque tamen exiſtimaſſe, manumittentem nihil egiſſe. Cui ſententiæ & Paullus favet. Hein.

Eo caſu pars amittebatur) Nam cum ea a domino manumiſſore abiret, nec tamen aut libertas communi ſervo ab uno e dominis in præjudicium ſocii ſui dari poſſet, aut quiſquam pro parte ſervus pro parte liber eſſe, quoniam ſtatus hominis individuus eſt: neceſſario eveniebat, ut pars manumiſſoris, quippe quæ nullius eſſe non poterat, accreſceret accederetque ſocio: non abſimili ratione, qua placet uſumfructum in jure ceſſum extraneo extingui & redire ad proprietatem: quod explicatum §. *pen. ſup. de uſufr.*

Per noſtram conſtitutionem mederi) *l. 1. C. de comm. ſerv. man.* ubi quod in ſolis militibus antea obtinebat, jus commune facit, ſancitque generaliter, ut ſervus communis ab uno ex dominis manumiſſus liber omnino fiat, ſi manumiſſor alteri domino pretium ſuæ partis perſolvere paratus ſit. Neque inter modos manumittendi hic diſtinguendum, cum quævis manumiſſio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *ſup. de libert.* & generaliter loquatur Imp. *d. l. §. 1.*

Contra communes regulas) Jure communi nemo rem ſuam vendere aliove modo alienare cogitur. *l. invitum* 11. *C. de contr. empt. l. nec emere* 16. *C. de jur. del.* Ab hoc jure in caſu propoſito recedendum putavit Juſtinianus, propter favorem libertatis: neque hoc aut novum, carpendum eſſe; cum etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris conſtituiſſe notum ſit, *l. generaliter* 24. §. *ſi quis* 10. *de fideic. libert.* Plures caſus, quibus quis rem ſuam vendere cogitur, notavimus ad §. *ult. ſup. de his qui ſui vel al. jur.*

Quod nos definivimus) Ne de pretio partis domini non manumiſſoris contentio eſſet, Juſtinianus ſervorum pretia pro ætate atque artificio cujuſque, quod exercet, certa definivit; creſcuntque a decem ſolidis uſque ad ſeptuaginta *d. l. 1. §. ita autem* 5. *C. de comm. ſerv. man. l. ult. C. de cond. inſert.* quod tamen nonnulli non ſatis prudenter factum exiſtimant, definitionemque pretii in ſingulis cauſis arbitrio magiſtratus potius permittendam fuiſſe. Hujus §. nullum eſſe hodie uſum intelligi poteſt ex iis, quæ diximus *l. 1. tit. de jur. perſon.*

TITULUS OCTAVUS.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

Continuatio, atque argumentum tituli.

EXplicati hactenus ſunt plerique modi, quibus dominium rerum ſingularum nanciſcimur tum jure gentium tum jure civili. In his præcipuus & modus maxime naturalis eſt, cum dominus rem ſuam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, §. *per traditionem* 40. *ſup. de rer. div.* Ceterum cum hoc non ſemper procedat, propterea quod non omnes, qui domini ſunt, jus alienandi rem ſuam, vel etiam adminiſtrandi, habeant; deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non eſt, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi poteſtatem a lege accepit: utrumque hoc Juſtinianus exemplis ſibi declarandum putavit proprio titulo: quem idcirco etiam ſtatim ſuperioribus ſubjicit. In *princ.* & §. *ult.* profert exempla eorum, qui cum domini ſint, jus tamen alienandi non habent: in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licet fundi dotalis Dominus ſit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei ſit, alienare non poſſit: & contra, qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipſius ſit, dotis cauſa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem ſtatum deduximus. Cum enim lex in ſolis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium impoſuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali ſolo poſitæ ſunt, interdicta ſit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque conſentientibus mulieribus procedat: ne ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium) Inæſtimatum ſcil. nam æſtimato in dotem dati alienatio marito permiſſa, *l.* 10. §. 4. *D. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* ſicut & rei mobilis, *l.* 3. §. 2. *D. de ſuis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. ſive a me, C. ad Sen. Vell.*

Sexus muliebris fragilitas) Ne fragilitate ſuæ naturæ in repentinam deducatur inopiam. *d. l. un.* §. 15.

COMMENTARIUS.

1. *Prohibitionem legis Juliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æſtimato in dotem datas.*
2. *Solum maritum verum juſtumque rei dotalis dominum eſſe, pleniſſime probatur, remotis omnibus objectionibus.*
3. *Alienandi verbum quam late pateat ex ſententia legis Juliæ?*
4. *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignerationem, quam alienationem?*
5. *Quantum mores noſtri diſſideant a jure ſcripto?*

D*Otale prædium maritus prohibetur alienare*) Primum exemplum, quo oſtenditur, eum, qui dominus eſt, aliquando alienare non poſſe, propoſitum judicio dianoetico ſyllogiſmi tertiæ figuræ partibus omnibus explicati. Eſt vero partium metatheſis, qua ſublata apparebit ſyllogiſmus integer in Felapton: *Maritus prædium dotale alienare non poteſt. Maritus eſt dominus prædii dotalis. Ergo quidam rei dominus eam alienare non poteſt.* Ait *prædium:* ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non eſt: quod etiam probant textus in *l.* 3. §. 2. *de ſuis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. l. ult. C. de ſerv. pign. dat. man. Auth. ſive a me* §. 1. *C. ad Sen. Vell.* utique tamen hoc ita ſi maritus ſolvendo eſt, *l.* 1. *C. d. tit. de ſerv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere cenſetur; quippe cui dos deberi incipit: ex quo conſtat, mariti facultates ad exactionem dotis non ſufficere, etiamſi matrimonium necdum ſolutum ſit, *l. ſi conſtante* 24. *ſol. matr. l. ſervum* 21. *de manumiſſ. l. ubi* 29. *C. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæſtimatum: nam quæ res æſtimato in dotem dantur, eas omnes, ſive mobiles ſint ſive immobiles, libere a marito alienari poſſe, vel ex eo patet, quod ſoluto matrimonio non res ipſæ, ſed pretium ſive earum æſtimatio in reſtitutionem veniat judicio venditi, *l.* 10. §. *ſi ante* 4. *de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* Utique ſi æſtimatio facta ſit venditionis cauſa; ſecus autem ſi facta ſit tantum intertrimenti, i. taxationis cauſa: ut conſtet, quanti res ſit: ut in *l.* 69. §. 7. *de jur. dot. l.* 50. *ſol. matrim. l.* 20. *C. de jur. dot.* Errat vero procul dubio Weſembecius, contendens, maritum non alias res mobiles alienare poſſe, quam quæ ſervando ſervari nequeunt, *arg. l. lex quæ* 22. *C. de adm. tut.* longe enim plus juris maritus habet, quam tutor: & futilis collectio eſt ex *l. res in dotem* 42. *de jur. dot.* rerum, quæ pondere, numero, menſura conſtant, maritus liberam alienationem habet; ergo ceterarum rerum mobilium non habet: atque hoc tantum Juriſconſultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis eſt in mutuo.

Per legem Juliam) Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali: *l.* 1. *l.* 4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem

Au-

Auguſtus: eſt enim ea ipſa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut conſtat ex Paul. II. *ſent.* 21. atque ex inſcriptione multorum capitum ſub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit, conceptum in hæc verba; *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato; neve conſentiente ea obligato*, *l. un. §. & cum lex* 15. *C. de rei ux. act.* Adi Briſſon. *lib. ſing. ad leg. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris noſtris continentur, accurate collegit & expoſuit. Cauſa prohibitionis eſt favor dotium, quas mulieribus ſalvas eſſe etiam publice expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l. 2. de jur. dot.* Ac tametſi ſoluto matrimonio maritus hæredesve ejus dotem reſtituere tenentur; præſtat tamen, mulierem rem habere ſalvam, quam in perſonam agere: per *l. plus cautionis* 25. *de reg. jur. l.* 5. *de ſuſp. tut.* Ceterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, ſed de prædiis duntaxat: utpote quorum alienatio mulieribus maxime damnoſa eſſe poteſt, propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facile fieri poſſet, ut multi deciperentur, magnaque inde ſequerentur incommoda.

Quamvis ipſius ſit) Maritum eſſe rei dotalis dominum, innumeris locis & perſpicue proditum eſt, *l. 1. §. 1. l. dotale* 13. *§. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. ſi prædium* 23. *C. eod. l. quotiens* 47. *§. ult. de pecul. &c.* cauſamque dotis habilem eſſe ad transferendum dominium, non ſecus ac venditionem, permutationem, donationem, ſcriptum expreſſe eſt in *§. per traditionem* 40. *ſup. de rer. div.* & probat *tit. Pand. pro dote.* nam alias mulier rem alienam marito ex cauſa dotis tradens non transferret uſucapiendi facultatem, neque marito amiſſa poſſeſſione daretur actio in rem Publiciana, *l. 3. §. 1. de Public. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria; qualia ſunt, quod maritus ſolus rem dotalem vindicat, *l. dote* 9. *C. de rei vind.* quod ſervus dotalis hæres ab aliquo inſtitutus juſſu mariti aut adit aut repudiat hæreditatem, *l. ſervus* 58. *ſol. matr.* quod dotali ſervo libertatem dare poteſt. *l. 3. C. de jur. dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, ſed una cum univerſitate tranſit in hæredem mariti, *d. l. 1. §. 1. de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, ſed tantum perſonalis rei uxoriæ, aut ex ſtipulatu. Poſtremo ſi maritus dominus rei dotalis non eſſet, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Recte igitur Græcis in *Baſil.* 47. *tit.* 1. *της προῖκος εν τῳ γαμῳ ὁ ανηρ κυριος.* Non pauca tamen huic ſententiæ obſtare videntur, atque uxori, non marito, dominium dotis aſſerere. In *l. quamvis* 75. *de jur. dot.* dos dicitur eſſe ipſius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l. 3. §. ergo* 5. *de minor. l. in eum* 16. *de rel. & ſumpt. fun. l. 4. de collat. in l. 7. §. ſi fundum* 12. *ſol. matr.* De fundo dotali diſſerit Juriſconſultus, quaſi de re aliena reſpectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præſtat, *l. in rebus* 17. *de jur. dot.* Penes mulierem eſſe dicitur etiam fundi dotalis poſſeſſio, ut ſatiſdare ea de cauſa non teneatur. *l. ſciendum* 15. *§. 3. qui ſatiſd. cog.* Denique generaliter a Juſtiniano traditum eſt, res dotales in dominio uxoris permanere. *l. in rebus* 30. *C. de jur. dot.* Hæc noſtri non uno modo componunt. Donellus *lib.* XIV. *comm.* 4. putat, maritum rerum duntaxat æſtimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum eſſe, corporis inæſtimato dati mulierem. Vultejus *hic &* 1. *diſc. ſchol.* 19. uxorem eſſe dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re conſtituti. Vaudus II. *var. quæſt.* 3. *&* Joan. del Caſtill. *de uſufr. c.* 4. marito nihil ferme tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi. Robertus III. *ſent.* 18. dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuiſſe contendunt, Quiritiarium penes uxorem, ut Perenot. II. *animadv.* 2. alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut Hotom. *hic.* Ceterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari poteſt. Donelli diſtinctio aperte vitioſa eſt: nam cum per ſe dotis conſtitutio ſit titulus idoneus ad transferendum dominium, *d. §. per traditionem* 40. neceſſe eſt, ut tam rei inæſtimatæ in dotem datæ dominium in maritum tranſeat, quam æſtimatæ: aut ſi aliena res eſt, uſucapiendi conditio; quod etiam diſerte traditur *l. 3. §. 1. de Publ. in rem act.* Hoc tantum intereſt, quod dominium mariti in re dotali non æſtimata minus plenum nec perpetuum eſt: quippe cujus rei ſi immobilis eſt, nec alienandæ nec obligandæ jus habet, & quam ipſam ſoluto matrimonio reſtituere tenetur: nam quod dotis cauſa perpetua eſſe dicitur, *l. 1. de jur. dot.* id ad votum dantis referendum eſt, quod ea intentione detur, ut perpetuo apud maritum ſit. At rei æſtimatæ dominium pleniſſime atque irrevocabiliter in eum transfertur, ita ut pretii tantum debitor efficiatur, niſi forte electionem ſibi mulier reſervaverit; *l. 11. de fund. dot. l. 5. C. de jur. dot.* aut intertrimenti duntaxat cauſa æſtimatio facta ſit, ut paulo ante notatum. Idemque eſt, cum res fungibilis in dotem data eſt: perinde enim tunc maritus obligatur, ac ſi mutuum accepiſſet. *l. res in dotem* 42. *de jur. dot.* Quid quod admiſſa diſtinctione Donelli fatendum erit, dominium rei dotalis non aliter transferri, quam ſi venditio aut mutuum contractum ſit: quod qui aſſerit, vi ipſa ſimpliciter negat, contra juris auctoritatem, rem ex cauſa dotis transferri, aut dotem eſſe juſtum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum ſatis eſt, quod maritus dicitur dominus eſſe illius ipſius prædii, quod lege Julia vetatur alienare, *l. dotale* 13. *§. 2. de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æſtimatum fere ſolum pertinet: ad æſtimatum non pertinet, niſi uno illo & altero caſu, quem ſupra indicavimus. Vulteji quoque diſtinctio tolerari non poteſt, & a juris ratione nimium quam abhorret. Res ipſa in dotem data, non jus aliquod in ea re, mariti effici dicitur; *l. 7. §. ſi res* 3. *de jur. dot.* prædium ipſum dotale mariti eſſe, dominium hujus prædii marito quæri, *d. l.* 13. *§. 2. de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus, atque aliis, quos ſupra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Caſtill. Pluribus atque ex profeſſo diſtinctionem Vulteji confutat D. M. Lyclama VII. *membr.* 26. Roberti merum commentum eſt, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti ſententia plus coloris

habet, ſed tamen & ipſam falſam eſſe exiſtimo. Moveor quod diſtinctio illa dominii bonitarii & Quiritiarii non pendet a titulo aut cauſa acquirendi, ſed a genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta ſi mancipatio aut in jure ceſſio interveniſſet: potuit & in bonis tantum, ſi ſimplex modo traditio facta eſſet, & res nondum uſucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit. 1. de libert. §. qui tantum 11.* Ac dominium quidem bonitarium ſemper penes maritum fuit, Quiritiarium plenum non ſemper, nudum nunquam; in quo perſpicue errat Hotom. *fac.l.7.§. ſi res 3.l. quamvis 75. de jur.dot.l.Lucius 21.§.4. ad municip.* Una hujus diſſidii conciliatio eſt, eaque ſimpliciſſima, ut dicamus, ſolum maritum eſſe rei dotalis etiam inæſtimatæ verum juſtumque dominum: ceterum quia hoc dominium mariti perpetuum non eſt, ſed abiturum ab eo, ſolutoque matrimonio rediturum ad mulierem, (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem reſtituere cogitur) hujus diſſolutionis ac futuræ reſtitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quam uxoris eſſe, & adhuc patrimonium uxoris appellari; deque marito conſiderato eodem eventu Juriſconſultos nonnunquam ita loqui, tanquam de non domino & quaſi rei alienæ adminiſtratore, præſertim in *tit.ſol.matr.* qua ratione etiam defendendum erit, quod Juſtinianus ait, ſola legum ſubtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l.30. C. de jur.dot.* Loquitur enim etiam de rebus æſtimatis; quas certo conſtat in patrimonium mariti tranſire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *l.5. C. eod.* Mirum vero non eſt, Juſtinianum ſic loqui, dum ſcopo ſuo ſerviens colorem aliquem quærit conſtitutioni ſuæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æſtimatis, quam inæſtimatis, concedit actionem in rem. Quod tamen cum D.Bachovio de utili in rem accipio, & quæ ſoluto demum matrimonio uxori detur in ſubſidium; ubi maritus ſolvendo non eſt.

In rebus, quæ Italica fuerant) In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit: ſed potuit maritus ea libere alienare. Quod tamen abſurdum merito videri poteſt: & maxime poſt conſtitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati ſunt, *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* Nam etſi prædiorum provincialium ſummum jus & dominium Quiritiarium penes poſſeſſores non erat: proximum tamen pleno dominio jus habebant, quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quod certum vectigal prædiis impoſitum quotannis ſolvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quam in provinciis, mulieribus proſpectum, cum idem ubique ſit, aut eſſe debeat, dotium favor? Exiſtimo, non defuiſſe alia remedia, quibus nupturæ ſibi in provinciis conſulere potuerint. Lepidum vero eſt, quod Dionyſ.Gothofred. *in notis ad Theoph.* ſcribit, fundum extra Italiam ſitum per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuiſſe. VINN. Immo nec opus fuit prohibere alienationem fundi dotalis provincialis, quippe qui ab emptore uſucapi non poterat, adeoque ſoluto matrimonio ſemper poterat vindicari, quod ſecus ſe habebat in fundo Italico. *l.17.ff. de ſtatu hom.* huc plane non pertinet. Communicato enim cum univerſo orbe Romano jure civitatis Romanæ, non ideo ſublatum eſt diſcrimen ſoli Italici & provincialis, quod Juſtinianus demum abolevit *l.un.C.de nud. jur.Quir.toll.l.un.C.de uſucap.transform.* HEIN.

Alienationes inhibebat) Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. C. de fund. dot.* Itaque non tantum diſtrahi fundus dotalis prohibetur, ſed etiam donari, permutari, in ſolutum dari, legari: ac ne quidem ſi miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l. dotalem 16. de teſtam.mil.* Sed & uſucapio quoque appellatione alienationis con- 3 tinetur, *l.alienationis 28. de verb.ſign.* & ideo ad hanc quoque ſpeciem lex Julia pertinet, *l. ſi fundum 16. de fund.dot.fac.l. ſi ab eo 12.de uſuc.l.7. §. qui ſciens 5. pro empt.* Alienatum autem proprie non videtur, quod adhuc in dominio noſtro manet, quamvis venditum recte dicatur, *l.alienatum 67.de verb.ſign.* ſed tamen alienatione prohibita eos quoque caſus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re a dominio ſeparatum transfertur, *l. ult. C. de reb.al.non alien.* Quare nec ſervitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec ſervitutes prædio debitas remittere, vel amittere, non utendo, *l. 5. de fund.dot.* Cui conſequens eſt, libertatem ſervitutis urbano prædio dotali debitæ ex ceſſione patientiave mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *l.6.eod.tit.*

Hypothecas earum etiam volente ea) Lex Julia aliena- 4 tiones prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignerationem etiam, quæ fiebat ea conſentiente, *l. un. §. & cum lex 15. C. de rei ux. act.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci poteſt, ut conſentiat obligationi, ubi nullum præſens periculum eſt, ſed ſpes, fore, ut maritus rem luat, quam alienationi, per quam rei ipſius dominium ſtatim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier conceſſura erat, arctius lex, imo ſolum prohibere voluit: uti paſſim videmus ea ſola legibus prohiberi, quæ facile fieri poſſunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatuſconſulto Vellejano mulieri pro alio ſe obliganti ſuccurſum eſt, non donanti, nimirum quia, ut inquit Juriſconſultus, facilius ſe mulier obligat, quam alicui donat, *l.4. §. 1. ad Sen. Vell.* Eadem ratio fuit legis Fuſiæ Caniniæ infinitam manumiſſionem in teſtamento prohibentis, non inter vivos *ſup.de leg.Fuſ.Can.*

Utrique remedium impoſuimus) Juſtinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *d.l.un.§.& cum lex.15.C.de rei ux.act.* quippe quorum nondum eadem cauſa, quæ Italicorum erat, quod effectum conſtitutione poſteriore, *l. un. C. de uſuc. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignerationem prohibuit, ut nec illa vel conſentiente muliere fieri poſſet, quod lex Julia permittebat, *d.l.un. §. & cum lex 15. verſ. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibuſdam caſibus ceſſare creditur, quos collegit Chriſtin. *vol. III. deciſ.133. num.20.& 28. cum ſeqq.*

Ne ſexus muliebris fragilitas) Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum conſenſu mulieris fit, valere patiatur; quia ſci-

ſcilicet ſuccurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate ſexus, vel mariti reverentia aut amore ductæ facile rerum ſuarum alienationibus conſenſum accomodant, τι γαρ εις απατην ἁπλουστερον γυναικος, Liban. *Declam.* 35. Pontifices tamen hujuſmodi alienationes, ſi jurato mulier conſenſerit, firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat* *x*. *de jurejur. c. licet mulieres eod. in 6.* Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quæritur; ſed nullis antenuptialibus inſtrumentis confectis bona omnia utriuſque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Ceterum ſive facta ſit bonorum communio, ſive ea pactionibus excluſa, licet marito pro jure poteſtatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res ejus alienare aut obligare, neque in eam rem opus habet uxoris conſenſu, niſi ea quoque poteſtas nominatim pactis antenuptialibus reſtricta ſit, aut impetrata bonorum ſeparatio. Neoſtad. *de pact. antenupt. obſ.* 10. Grot. 1. *introd. c.* 5. *& alii alleg.* a Groenew. *hic. tract. de ll. abrog.* Contra vero mulieres nuptæ res ſuas obligandi aut alienandi jus non habent; ac neque ex contractu ſine conſenſu maritorum inito obligantur, niſi quatenus ea obligatio ſpectat victum & cultum familiæ; exceptis palam negotiantibus, quæ inſtitorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, ſe viroſque ſuos obligandi poteſtatem habent, D. Joan. a Sande *lib.* 11. *tit.* 4. *defin.* 3. *&* 4. Non idcirco tamen minus in interceſſionibus beneficio Senatuſconſulti utuntur, D. Neoſtad. *obſ. rer. jud.* 18.

TEXTUS.

De creditore, qui, licet non ſit Dominus, tamen alienare pignus poteſt.

I *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non ſit, alienare poteſt. Sed hoc forſitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus eſt, ut liceret creditori pignus vendere, ſi pecunia non ſolvatur. Sed ne creditores jus ſuum perſequi impedirentur, neque debitores temere ſuarum rerum dominium amittere viderentur, noſtra conſtitutione conſultum eſt, & certus modus impoſitus eſt, per quem pignorum diſtractio poſſit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum & debitorum ſatis abundeque proviſum eſt.*

NOTÆ.

1. *Ex pactione*) Idem eſt; licet pactio nulla interpoſita, *l.* 4. *D. de pign. act.* neutrum autem procedit ſine prævia denuntiatione, *l.* 4. *C. de diſtr. pign. l.* 10. *C. de pign.* Sed etſi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen diſtrahi poteſt, modo trina præceſſerit denuntiatio, *d. l.* 4. *de pign. action.*

Qui ab initio pactus) Aut etiam ex intervallo. *d. l.* 4. *D. de pign. act.* Itaque hic caſus non magis huc pertinet, quam cum procurator voluntate domini rem alienat, §. 42. *ſup. de rer. div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

Noſtra conſtitutione) *l. ult. C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma diſtrahendi pignoris prolixe præſcribitur, cui locus ſit, tum de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1. *Unam ſaltem denuntiationem requiri, non tantum cum de pignore diſtrahendo non convenit, ſed etiam cum convenit, ut vendere liceat.*
2. *Quid ſi dies ſolutioni adjecta, & ſolutio ſua die facta non fuerit?*
3. *Formam vendendi pignoris a Juſtiniano præſcriptam vix ullibi locorum obſervari.*

Hic ex diverſo oſtenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non eſt, alienandæ rei poteſtatem habere, exemplo creditoris pigneratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum ſuorum & adultorum alienandi poteſtas non a domino, ſed jure tributa eſt, *l. bona fidei* 109. *de verb. ſign.* quamvis his non quævis permiſſa alienatio, nec omnium rerum abſque decreto. De quo vid. *l.* 9. §. *ſicut* 5. *l.* 12. §. 1. *l. tutor* 22. *l. Lucius* 46. §. *ult. de adm. tut. l. non omni* 16. *l. lex quæ* 22. *C. eod. l.* 1. *& paſſ. de reb. eor. qui ſub tut.*

Ex pactione) Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione.* Quid ergo ſi de diſtrahendo pignore nihil convenerit? adhuc eo jure utimur, ut diſtrahere liceat. *l.* 4. *de pign. act.* Quia hoc ipſi naturæ pignoris ineſt. Atque hic caſus potius ponendus fuerat; quam cum pignus alienatur ex conventione atque expreſſa voluntate debitoris, per ea, quæ ſtatim ſequuntur. Imo tantum abeſt, ut pactio ad alienationem pignoris neceſſaria ſit, ut etiamſi nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, ſi modo ter (per juſta intervalla, quod judex arbitrabitur. Neguſ. *de pign.* 1. *membr.* 6. *part. principal. num.* 4. Schneid. *hic num.* 3.) prius debitori denuntiatum fuerit, ut ſolvat, & ceſſaverit, *d. l.* 4. *de pign. act.* alioqui ſi nunquam liceret vendere: creditori pignus eſſet inutile: ut adeo tale pactum ſit contra naturam pignoris. Enimvero nec illo caſu, quo nihil de diſtrahendo pignore actum eſt, abſque præcedente denuntiatione pignus vendi poteſt, ſed una tantum denuntiatio ſufficere putatur, *argum. d. l.* 4. *de pign. act. l.* 3. *C. de jur. dom. imp. l.* 4. *C. de diſtr. pign. l. debitoribus* 18. *C. de adm. tut.* quamvis etiam hoc caſu tres deſiderare videatur Paulus 11. *ſent.* 13. Hoc amplius putarem cum Caſtrenſ. ad *d. l.* 4. Neguſ. 1. *membr.* 6. *part. pr. n.* 1. Schneid. *num.* 2. contra *Gloſſ.* Salic. *in l.* 1. *C. de diſtr. pign.* Weſemb. *hic* etiam tunc unam ſaltem denuntiationem requiri, cum expreſſe convenit, ut pignus vendere liceat; cum nec ante debitor conſtituatur in mora. Eſtque in eam rem textus apertus in *d. l.* 3. §. 1. *C. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri ſic obtinuiſſe liquet ex *l. debitores* 10. *C. de pignor. & d. l.* 4. *C. de diſtr. pignor.* Sed illud intereſt: quod ubi

de diſtrahendo pignore convenit, biennium poſt denuntiationem non expectatur, uti fit in duabus ſpeciebus reliquis ex conſtitutione Juſtiniani, *d. l.ſ.* §.
2 *1.c.de jur.dom.imp.* Schneid. *hic num.* 3. Sed quid dicendum de iis caſibus, quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, puta ſi dies ſolutioni adjecta ſit, & ſua die ſolutio facta non fuerit? Hic enim adventu ſolius diei debitor in mora conſtituitur, ſecundum communem ſententiam, per *l. magnam* 12. *C. de contr.ſtip.* Neguſ.*d.loc.* & Schneid. *hic num.* 1. putant, hoc caſu nulla opus eſſe denuntiatione, ſufficereque ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui ſententiæ patrocinari videtur *l.*8.§. 3. *de pign.act.* Sed humanius eſt, ut dicamus, etiam hoc caſu denuntiationem præcedere debere. Non enim protinus ſequitur, ad debitorem conſtituendum in mora nihil aliud deſideratur, quam ut dies venerit, ergo hoc etiam ſufficit ad jus diſtrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diverſa eſt a principali; nec ſi ob moram debentur uſuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo ſtatim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in graviſſimum præjudicium debitoris. Nec obſtat *d. l.* 8. §.3. *de pign.act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non ſolutam ſua die pecuniam. Quo tamen & ipſo caſu non ſolum humanius, ſed etiam tutius facturus eſt creditor, ſi futuram venditionem denuntiet debitori, ut ſe fraudis ſuſpicione liberet, nec dolo malo in ea venditione verſatus quandoque dici poſſit, *l.*7. *C. de diſtr.pign.* *l.*1. *C. ſi vend. pign. agat.* Bald. *in l.* 4. *C. de diſtr. pign.* Caſtr. *in l.* 4. *de pign.act.* Ant. Fab. *C. ſuo de diſtr.pign. defin.*13. add. Joan. a Sande *rer. jud. lib.* III. *tit.*12. *defin.* 20. Quid quod hoc ipſum, quod DD. pro certi juris regula ponunt, ſolo diei lapſu citra aliam interpellationem debitorem conſtitui in mora, non uſque adeo certum eſt; & ſunt, qui falſum exiſtimant. Ferret. *tractat.de mora*. Charond.III. *veroſimil.*10. Bachov.*in Treutl.diſp.de uſur.th.*7.quanquam horum argumentis ſolide mihi reſpondiſſe videtur D. Guiliel. Maſius *ſing. opin. lib.*II. *c.*4.

Quamvis ejus ea res non ſit) Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus* 9. *C. de pign.act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, ſed ut obligetur creditori in ſecuritatem crediti.

Qui pactus eſt, ut liceret) Hic igitur caſus non magis huc pertinet, quam ſi procurator, cui id dominus ſpecialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim intereſt, utrum ipſe dominus rem alteri tradat dominii transferendi cauſa, an voluntate ejus. §.*nihil* 41. *ſup.de rer.div.*

Noſtra conſtitutione conſultum) Olim jus vendendi pignoris liberius fuit; quod Juſtinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus juſtum ſpatium eſſe ad expediendam ſolutionem. Summa conſtitutionis Juſtinianeæ, quæ eſt *l.ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit; ut ſi de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præſcripta in diſtractione ſervanda eſt) jus ſit creditori altero demum, poſt denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem, ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere poſſit, per judicem præſcribat. Hoc autem fruſtra tentato, ut poſſit creditor a Principe petere facultatem pro domino poſſidendi: qua tamen impetrata adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris intereſt, quæſita pecunia perſolvere, & pignus luere poſſit; eo vero tempore ſine ſolutione tranſacto, creditor juſtus pignoris dominus efficiatur. Sed 3
hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc obſervatur, vid. Bart. *d.l.*4.*de pign.act.& d.l.ult. C.de jur. dom. imp.* Schneid. *hic num.*6. Baron. *comm. part.*2.Chriſtin. *vol.*IV. *deciſ.*172.*n.*3.. & ibi citat. Antiqua ratio planior & ſimplicior hæc fuit, ut annua pignoris proſcriptione creditor ejus dominus efficeretur, ſi debitor id non lueret. Moribus noſtris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus diſtrahat; ſed diſtractio addictione fieri ſolet auctoritate magiſtratus, uti jure Rom. in iis pignoribus, quæ in cauſa judicati capiuntur, *l.*2. *C. ſi in ca. jud. pign.cap.* in quibus quid juris ſit, quid item in pignore prætorio, diſce ex *l. Divus* 15. §.2.*& ſeq. de re jud. l.cum propones* 9. *C. de bon. auct.jud.poſſeſſ. c. quoad conſultationem.* π. *de ſentent. & re jud.* Dyn. *in l. ſi finita* 15.§.*Julianus* 16.*de damn.inf.*Neguſ.*d.loc. num.*7.*& ſeqq.*Chriſtin. *vol.*IV. *deciſ.*165. vid.Merul.*lib.* IV.*tit.*100.*cap.*1. *num.*10. Neoſtad.*deciſ.*90.*ſupr.cur.* Finis venditi pignoris eſt, ut ex pretio inde redacto creditori ſatisfiat: quod ultra conſecutus eſt, id reſtituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratitia: ſicut vice verſa in id, quod deeſt, creditori actio competit adverſus debitorem vel fidejuſſorem ejus, *l.*6.*de pign.act.l.*9.§.1.*de diſtr.pign.l.*3. *C.eod.* Illud poſtremo ſciendum eſt, ſi creditor ipſe pignus non poſſideat, ſed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum diſtrahendam eſſe. Weſemb. *parat.de diſtr. pign. num.*1.*&* 10.

TEXTUS.

De pupillo, qui, licet Dominus, non tamen ſine tutoris auctoritate alienare poteſt.

1. *Nunc admonendi ſumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poſſe. Ideoque ſi mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi poſſunt, ſicubi extant. Sed ſi nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide conſumpti ſunt, condici poſſunt: ſi mala fide, ad exhibendum de his agi poteſt.*

NOTÆ.

2. *Ideoque ſi mutuam pecun.*) A remotione generis ad remotionem ſpeciei. Nam & mutui datio alienatio eſt, *l.*2.§.2.*l.*16.*l.pen.D.de reb.cred.d.l.*9. *princ.de auct.tut.* & nativo ſuo ſignificatu, *l.*1. *C. de fund.dot.* ita interpp. omnes, & noviſſime Fabrot. & Grot. *in ſparſ. flor.* Bo-

Bona fide conſumpti) Conſumptio bona fide facta conciliat mutuum & condictionem parit, *l.* 19. §. 1. *D. de reb. cred.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l.* 11. §. *ult. cum* 2. *ll. ſeqq. eod.*

Si mala fide, ad exhibend.) Nam qui dolo malo conſumpſit, pro eo eſt, ac ſi non conſumpſiſſet. Dolus enim pro poſſeſſione eſt, *l.* 131. 150. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Corpora, quæ mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmaſio ſermo.*
2. *Nummi quando conſumpti intelligantur?*
3. *Mutuum non confirmari conſumptione nummorum facta mala fide.*
4. *Cur in caſu conſumptionis malæ fidei tantum actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii?*

REdit ad eos; qui, cum domini ſint, alienare non poſſint. Meminit porro unius pupilli: ſed ſunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l.* 3. *C. de reſt. in int. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum eſt, qui, cum de eo obligando, aut alienando deminuendove ejus patrimonio agitur, in eadem cauſa cum furioſo habetur, *l.* 6. *de verb. obl. l.* 12. *in fin. de tut. dat.* tum etiam ceteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione ſunt, rerumque ſuarum adminiſtrationem non habent, de quibus in §. 4. *ſup. de curat. l.* 8. §. 3. *d. l.* 12. *in pr. de tut. & curat. dat.* Filius quoque familiæ non poteſt alienare bona adventitia, quorum uſumfructum pater habet, *l. ult.* §. *ipſum.* 5. *verſ. Filiis a. C. de bon. quæ lib.* Interdum cauſa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, *Pand. & C. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare) Alienatio a pupillo facta ſine tutoris auctoritate ipſo jure nulla eſt: quippe cum nec obligare ſe pupillus ſine tutoris auctoritate poſſit, *l.* 9. *& paſſim. de auct. tut. l.* 11. *de acq. rer. dom.* Ceterum auctore tutore & obligari poteſt, modo infantiam exceſſerit, & res ſuas recte alienat. *d. l.* 9. *l.* 5. *de reg. jur.* §. *pupillus.* 9. *inf. de inut. ſtip.* Res intellige, quarum alienatio ſine decreto non eſt interdicta. Nam prædia pupillorum olim ruſtica, poſtea omnia, & res etiam mobiles, quæ ſine detrimento ſervari poſſunt, abſque decreto magiſtratus alienari prohibita, *l.* 1. *& tot. tit. de reb. eor. qui ſub. tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. ſine dec. non al. d. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.*

Ideoque ſi mutuam pecuniam, &c. non contrahit obligationem.) A genere ad ſpeciem. Pupillus nullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poteſt: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: ſiquidem mutui obligatio, niſi nummi accipientis fiant, non naſcitur, *l.* 2. §. 2. *de reb. cred.*
1 Supponit igitur Imp. id quod mutuo datur alienari, ſeu mutui dationem eſſe ſpeciem alienationis. Quod & alibi conſtanter traditum eſt, *l.* 9. *pr. de auct. tut. l.* 16. *l. pen. de reb. cred.* nec minus perſpicuum, quam verum: quippe cum omnis actus, per quem dominium transfertur, vere & proprie ſit alienatio, *l.* 1. *C. de fund. dot.* & ſine alienatione fieri non poſſit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Conſtat autem, corpora ipſa, quæ mutuo dantur, deſinere eſſe dantis, & fieri accipientis ſeu aliena, ita ut vindicari aut ab eo avocari nequeant. *l.* 35. §. 1. *de donat.* Nec vero ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejuſdem generis reſtituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum eſt, utrum mihi, verbi cauſa, frumentum ea lege datum ſit, ut pro eo vinum aut oleum viciſſim dem, uti fit in permutatione; an frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut fit in mutuo? Eſt igitur mutui datio, alienatio in nativo ſuo ſignificatu: & ita interpp. omnes, ac noviſſime Fabrot. *ad Theoph. &* Grot. *in ſparſ. flor.* De quo cum ſermonem haberem cum ſummo atque incomparabili viro D. Claud. Salmaſio, hactenus quidem mihi aſſenſus eſt, ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: ſed negabat, ex eo effici, mutuum alienationem eſſe, niſi forte materialiter. Proprie autem & formaliter mutuum non poſſe dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis ſive ſortis, quæ diverſum quid eſſet a data ſpecie apud debitorem pereunte, & in qua proprie ſubſtantia mutui conſiſteret, uti recte docuiſſet Car. Molin. *tract. de uſur.* Et ſimul interventu aliorum ſermo noſter interruptus eſt. Poteſt autem admitti D. Salmaſii ſententia, ſi appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum. *l.* 1. *quod cert. loc. l. repetitio.* 44. *de cond. ind. l.* 6. §. *apud Labeonem* 6. *quæ in fraud. cred. l.* 91. *de verb. ſign.* Proprie tamen loquendo nec ipſa ſors noſtra manet: nec enim quod nobis debetur, quod eſt in credito, proprie noſtrum eſt, *l.* 27. §. 2. *l.* 34. *princ. de aur. arg. mund. leg.* Boet. *in Top. lib.* 11. *pecunia in nominibus debita non eſt noſtra, ſed debitorum.* Et ita in *l.* 1. *de lib. leg.* & ideo creditori non vindicatio ſortis, ſed tantum condictio datur, qua intendat, verbi cauſa, centum ſibi dari oportere, nemo autem rem ſuam condicit, aut ſibi dari oportere intendit, §. 14. *inf. de act. l. ult. in fin. uſufr. quem. cav.* Non male igitur mutuum a Cujacio definitur alienatio pecuniæ ſub lege reddendæ quantitatis ejuſdem, *parat. C. ſi cert. pet.*

Vindicari nummi poſſunt: ſicubi extant) Similis locus eſt, *l.* 11. §. *ult. de reb. cred.* At, inquies, de pupillo reſponſum eſt, eum niſi præſente tutore ne poſſeſſionem quidem, quæ naturalis eſt, alienare poſſe, *d. l.* 11. *de acq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut poſſidenti detur vindicatio adverſus eum, qui nec natura poſſidet. Reſp. ut vindicationi locus ſit, ſatis eſſe rem ab alio quovis modo detineri & reſtitui poſſe, *l.* 9. *de rei vind.* adeoque pupillum, etſi animo deſinere poſſidere non poteſt, corpore tamen poſſe, atque in alium poſſeſſionem, quatenus facti eſt, ſine tutoris auctoritate transferre, *l. poſſeſſionem.* 29. *de acq. poſſ.*

Bona fide conſumpti) Non eſt mirum, nullos apud auctores plures & craſſiores errores reperiri, quam apud ſcriptores notarum: quippe quibus tempus non eſt vanno aut cibro utendi. Dion. Gothofredus ad *l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* ſcribit, pecuniam in propoſito in-

intelligi conſumptam, cum is, qui accepit, eam alteri credidit aut in ſolutum dedit: utiturque argumento *l. non omnis.* 19. §. *de reb. cred.* quo tamen loco hoc ipſum aperte negatur: & recte. Nam datio in ſolutum aut creditum non facit, quominus pecunia adhuc extet, & certo appareat. Quamdiu autem extat & certo apparet, non poteſt dici conſumpta; & apud quemcunque, aut ubicunque extat, in eadem cauſa & ejuſdem manet, & a domino vindicari poteſt,
2 ut proxime Imp. dixit. Quando igitur conſumi intelligitur? nimirum cum quis ea ſic utitur, ut eo facto corpora ipſa nummorum, quæ data ſunt, non appareant. Id vero contingit, primum corporibus ſublatis: veluti ſi quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit. Quo facto pecunia extinguitur. Neque obſtat diſtinctio §. *cum ex aliena.* 25. *ſup. de rer. div.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci poteſt, ad priorem ſpeciem ſive monetam non poteſt. Plane poſſunt auctoritate Principis nummi ejuſdem poteſtatis & eadem figura inde cudi: ſed nova hæc moneta & ſpecies eſt, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus; veluti ſi quis nummos acceptos ita aliis miſcuerit, ut diſcerni non poſſint: nam etiam ea re eum, qui accepit, dominum fieri placet, *l. ſi alieni.* 78. *de ſolut.* Don. *ad l. rogaſti.* 11. §. *ult. d. t. n.* 9. Ait, *bona fide*. Quod ergo in *d. l. non omnis.* §. 1. *de reb. cred.* & ſi qui ſunt alii loci ſimiles, dicitur ſimpliciter, ſi pupillus ſine tutoris auctoritate credendi cauſa pecuniam dederit, conſumpta ea naſci condictionem, id ex *hoc loco* junct. *d. l. rogaſti.* 11. §. *ult. d. tit. l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* ſic interpretandum erit, ſi bona fide ab accipiente conſumpta ſit, ignorante ſcilicet, pupillum eſ-
3 ſe, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris: quia quæ dolo malo conſumpta ſunt, non alio loco jure habentur, quam ſi adhuc extarent, nec conſumpta eſſent, *l. qui dolo.* 131. *l. parem.* 150. *de reg. jur.* ac proinde cum malæ fidei conſumptio conſumentem dominum non faciat, nec mutuum ea conſumptione confirmabitur, Donell. *d. loc. num.* 7. Quod vero D. Bachovius putat, non obſtare malam fidem, quominus conſumptione dominium quæratur, & tamen bona fide tantum facta conſumptione mutuum, quod ab initio non conſiſtebat propter inutilem numerationem, convaleſcere, id mihi plane *ἀσυστατον* videtur. Et ſententia Bachovii, quod per conſumptionem & ſimiles acquirendi modos dominium acquiratur, citra conſiderationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra cauſam acceſſionis, ſupra a me refutata eſt ſub §. *cum ex aliena.* 25. *de rer. div.*

Condici poſſunt) Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut his bona fide conſumptis ei, qui dedit, condictio detur tanquam ex mutuo, *l.* 11. §. *ult. cum* 2. *ll. ſeq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, ſi is rei ſuæ alienandæ facultatem non habuit, qualis eſt pupillus. Quapropter ſi pupillus ſine tutoris auctoritate crediderit, conſumptis nummis & illi condictio naſcitur, *l. non omnis.* 19. §. 1. *de reb. cred.* & omnino quæ tranſlatæ ab initio pecuniæ vis eſt, eandem eſſe placet & bona fide conſumptæ, quaſi tranſlatæ: unde recte dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ conſumptione bona fide facta. *DD. in d. l.* 11. §. *ult. & d. l.* 19. §. 1.

Si mala fide, ad exhibendum) Puto tamen, & condictionem in propoſito dari, non quidem quaſi ex mutuo, quia conſumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus: ſed condictionem ſine cauſa, utpote quam conſtat etiam adverſus prædonem fructuum conſumptorum nomine dari, *l.* 3. *C. de cond. ex leg. l.* 4. *C. de crim. exp. her.* Ait, *ad exhibendum.* Imo & in rem, inquit Cu- 4
jacius: quoniam mala fides pro poſſeſſione eſt. Sed, inquit, in rem utilis eſt; ad exhibendum directa: quare commodius, agi ad exhibendum; quam in rem. Quod falſum eſt, & inconſiderate a Cujacio prolatum. Non enim magis fieri poteſt, ut contra eum, qui poſſidere deſiit, detur directa ad exhibendum actio, quam directa in rem: cum ille non magis exhibendi, quam reſtituendi facultatem habeat. Sed ut contra poſſidentem rem mobilem utraque directa eſt, ita contra eum, qui dolo malo deſiit poſſidere, utraque utilis. Nam quod dolus pro poſſeſſione eſt, id non ex vero, ſed ex interpretatione eſt & fictione juris, quæ utili tantum actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit duntaxat? Quia utili judicio ad exhibendum ſemper conſequitur actor id totum, quod ſua intereſt, §. 3. *inf. de off. jud.* vel permittitur rei petitæ æſtimatio ipſius jurejurando, ut fit in eadem actione directa, ſi poſſeſſor per contumaciam rem non exhibeat: quo caſu per jusjurandum in litem petitoris poſſeſſorem damnari certum eſt. *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Cum igitur præparatorio judicio illud ipſum conſequatur actor, quod rem vindicando conſecuturus eſſet, nihil ſupereſt, quod alia actione perſequatur. Ita in ſimili Juriſconſ. *d. l.* 11. §. *ult. de reb. cred. Vindicari nummi poſſunt, ſi extant, aut ſi dolo malo deſinant poſſideri, ad exhibendum agi.* Cujus loci lectionem fruſtra Donellus conatur emendare.

Textus.

3. At ex contrario omnes res pupillo & pupilla ſine tutoris auctoritate recte dari poſſunt. Ideoque ſi debitor pupillo ſolvat, neceſſaria eſt debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentiſſima ratione ſtatutum eſt in conſtitutione, quam ad Cæſarienſes advocatos ex ſuggeſtione Triboniani, viri eminentiſſimi, Quæſtoris ſacri palatii noſtri, promulgavimus, qua diſpoſitum eſt, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſolvere, ut prius judicialis ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat. Quo ſubſecuto, ſi & judex pronuntiaverit, & debitor ſolverit, ſequatur hujuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas. Sin autem aliter quam diſpoſuimus, ſolutio facta fuerit, pecuniam

au-

autem ſalvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior ſit, & adhuc eandem pecuniæ ſummam petat, per exceptionem doli mali poterit ſubmoveri. Quod ſi male conſumſerit, aut furto aut vi amiſerit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed nihilominus condemnabitur: quia temere ſine tutoris auctoritate, & non ſecundum noſtram diſpoſitionem ſolverit. Sed ex diverſo pupilli vel pupillæ ſolvere ſine tutoris auctoritate non poſſunt: quia id, quod ſolvunt, non fit accipientis: quum ſcilicet nullius rei alienatio eis ſine tutoris auctoritate conceſſa ſit.

NOTÆ.

3. *Pleniſſima ſecuritas*) Ita ut nec in integrum reſtitutioni ſit locus; quod beneficium ſola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit. *tit. C. ſi tut. vel cur. int.*

Salvam habeat, aut locupletior) *L. 15. l. 47. l. 66. D. de ſolut. l. 4. §. 4. de dol. exc. l. 14. D. de cond. ind. l. 57. de reg. jur.* Non debet pupillus occaſionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. de reb. eor. qui ſub tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inſpiciatur, diſce ex *l. 4. D. de except. d. l. 47. pr. & §. 5. de ſolut.*

Male conſumſerit) Th. ἀσώτως ἐδαπάνησε, per luxum prodegerit.

Aut vi) Deeſt in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Nullius rei alienatio) Argumentatio a genere ad ſpeciem, quæ valida εἰς ἀνασκευήν. Nota & ſolutionem eſſe ſpeciem alienationis, *d. l. 9. §. 2. D. de auct. tut. l. pen. D. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Debitorem pupillo ſine tutoris auctoritate ſolventem non liberari, licet dominium rei ſolutæ transferat.*
2. *Pupillo, in quem ſolutio collata, recte ſolvi etiam ſine tutoris auctoritate.*
3. *Quis ſit ſenſus verborum hujus §.* ita licere tutori vel curatori, &c.?
4. *Adverſus ſolutionem factam ex præſcripto Juſtiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non reſtitui.*
5. *Quid ſi nummos ſine tutore aut judice ſibi ſolutos ſalvos habeat pupillus?*
6. *Cujus periculo ſit pecunia, quam pupillus ſine tutoris auctoritate credidit aut in ſolutum dedit?*

Sine tutoris auctoritate dari) Pupillus quantum ad acquirendum, non indiget tutoris auctoritate, *l. 11. de acquir. rer. dom.* ſemper enim conditionem ſuam meliorem facere poteſt, *ſup. de auct. tut. in princ.*

Ideoque ſi debitor) Hotom. & weſemb. pro *ideoque*, legendum cenſent, *quanquam*. Quia nulla hic concluſio ex præcedente propoſitione, ſed diverſæ cauſæ propoſitio, & præcedentis regulæ exceptio: niſi hoc in præcedentibus dicamus ſubintelligi oportere, ut ſcilicet quidvis pupillo recte detur ſine tutoris auctoritate, ceterum hactenus, ut ex eo pupillus ipſe neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere poſſit. Alii hic illationem fieri ajunt non ex proxima, ſed ex ſuperiore ſententia. *§. præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem ſine tutore alienare poſſe: huic enim eſſe conſequens, ut nec ſine tutoris auctoritate pupillo recte ſolvatur. Quippe admiſſa ſolutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo. 15. de ſolut.* quod ut ſpecioſius dicatur, ex duobus hiſce §§. unum faciunt. Sed pergamus. VINN. Forſan ſcriptum fuerat: *Alioqui ſi debitor pupillo ſolvat*: idque librarii vel qui emendationis curam in ſe ſuſceperant, mutarunt in *ideoque*, quia *alioqui* paullo poſt videbant repeti. Sed pergamus. HEIN.

Si non ſolverit auctoritate tutoris, non liberabitur) Licet dominium rei ſolutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum ſibi non obliget, *ſup. de auct. tut. in pr. l. Julianus. 13. §. ſi quis. 29. de act. emp.* ita qui cum pupillo obligationem vult diſtrahere ſolvendo, licet ea ſolutione dominium in pupillum transferat; ſe tamen a pupillo, qui per ſe neque contrahere neque diſtrahere obligationem poteſt, non liberat, *d. l. 15. de ſolut. l. 5. de reg. jur.* Debet itaque debitor, ſi liberari velit, pupillo ſolvere cum auctoritate tutoris, vel ipſi tutori: nam & hoc caſu æque liberatio ipſo jure contingit, *l. Lucius. 46. §. tutela. 5. de adm. tut.* Pupillum autem intelligimus creditorem; 2 nam ſi pupillus ſolutionis cauſſa tantum adjectus ſit, hoc eſt, ſolutio ſive jus ſolvendi in eum collatum, puta ſi quis ſtipulatus ſit ſibi aut Titio pupillo dari, promiſſor & ſine tutoris auctoritate ſolvendo pupillo liberabitur, *l. ſi ſtipulatus. 11. de ſolut.* ſcilicet quia ex hujusmodi ſtipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et ſolutio ſic accipiatur, quaſi ipſi creditori ſolutum eſſet, qui ita ſibi ſolvi voluit, *l. ſi ita ſtipulatus. 59. d. tit.* de quo ex profeſſo infra *§. ſi quis alii. 4. de inut. ſtip.*

In conſtitutione quam ad Cæſarienſes advocatos) Miſſa eſt hæc conſtitutio ad Joannem præfectum prætorio: intelligit enim *l. ſancimus. 25. C. de adm. tut.* quod ipſa verba iſtius conſtitutionis, quæ huc translata ſunt, oſtendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæſarienſes advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & conſultationem emiſſa eſt, ut arguunt multæ aliæ conſtitutiones, *l. ult. C. de pact. l. ſi major. 12. C. de legit. hæred. l. ſi fidejuſſor. 27. C. de fidejuſſ. l. optimam. 14. C. de cont. ſtip.* junct. *§. item verborum. 12. inſt. de inut. ſtip.* quæ omnes ad diverſas conſultationes & quæſtiones a Cæſarienſi advocatione propoſitas ſcriptæ, & ad eundem Joannem P. P. miſſæ ſunt; quippe cujus auditorio advocati Cæſarienſes militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæſarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujacius & Fabrotus exiſtimant, ſed Palæſtinæ, perſpicuum eſt ex *d. l. ſi fidejuſſor. 27. C. de fidejuſſ.* ubi eadem advocatio, quæ paſſim Cæſarienſis Palæſtina appellatur.

Ita

Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſol-
3 *vere*) Locutio implicata: quæ ſic conſtruenda & ordinanda eſt: *Ita licere* (id eſt, *permitti, jus eſſe*) *debitorem pupillarem ſolvere, tutori vel curatori, &c. Solvere*, id eſt, *numerare quod debetur*. Theophilus, *ποιησασθαι την καταβολην*. Anton. Fab. XIII. *conject.* 13. *&* *juriſp.* XII. *pr.* 7. *illat.* 43. huic orationi alium ſenſum affingit, quaſi ita ſcriptum eſſet; *ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli vel adulti abſolvere & liberare* (qui ſcil. antea pupillo aut adulto ſolvit ſine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cum adhuc tutorem aut curatorem non haberent) *ſi prius judicialis ſententia, &c.* Sed præterquam quod hæc locutio non facile obvia; *ſolvere debitorem*, pro liberare obligatione; quanquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor ſolutus pro liberato dicitur: *l. decem.* 116. *de verb. obl. l. ſi ex pluribus.* 86. *de accept.* pugnat illa Fabri expoſitio manifeſte & cum ſententia & cum verbis Juſtiniani, quæ ille mire torquet, ne videantur obſtare iis, quæ ex cerebro ſuo comminiſcitur contra veram & receptam ſententiam. Quæ hæc eſt; Quamvis ipſi tutori, ejuſve auctoritate pupillo facta ſit ſolutio, eaque ſolutione debitor ipſo jure liberetur; nihilominus tamen, pecunia male conſumpta, maleve collocata, patere pupillo, ſi tutor ſolvendo non ſit, reſtitutionem in integrum, niſi ſententia judicis intervenerit, *l.* 1. *C. ſi adv. ſol. l.* 2. *C. ſi tut. vel cur. int.* Vid. Gomez. II. *reſol.* 14. *n.* 4. Maurit. *de reſt. in int. c.* 176. *& ſeq.* Briſſon. *lib.* 1. *de ſolut. ſect.* 4.

Si prius judicialis ſententia) Excipiuntur reditus annui, & ceterarum rerum penſiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipſi tutori curatorive,
2 etiam ſine judice tuto ſolvuntur, *d. l. ſancimus.* 25. *C. de adm. tut.* Siquidem & moleſtum eſſet, quotannis adire judicem; & incommodum minori, diu differri ſolutionem ejus rei, unde fere ali ſolet. Quod tamen & ipſum ſic poſtea Juſtinianus temperavit, ſi non excederent metas biennii aut ſummam centum ſolidorum, *l. conſtitutionem.* 27. *C. d. tit.*

Sine omni damno) Id eſt, ut Theophilus interpretatur, *διχα πασης δαπανης*; ſine ullo ſcilicet ſumptu aut impenſis in judicum, ſcribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum eſſet, debitorem ſumptu onerari ex perſona creditoris.

4 *Sequitur hujuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas*) Ita ut nec adverſus ſolutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum reſtitui poſtulans audiatur. Cui non obſtat, quod placet, minorem etiam reſtitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l.* 11. *C. de præd. min.* nam debitor ex neceſſitate ſolvere tenetur: emptor poteſt non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut ſolutio decernente ac ſtatuente judice facta a debitore minoris pleniſſimam liberationis ſecuritatem pareret: & procedebat hoc ita, etiamſi minori curatorem non habenti decernente judice ſolutum eſſet, *l.* 7. §. 2. *de minorib.* Ceterum liberatio nihilominus ipſo jure contingebat, ſi tutori vel curatori ſolutio facta eſſet, quantumvis ſine judice: ſolum hic ſupererat adhuc metus aliquis reſtitutionis in integrum, ſi forte pecunia male collocata & tutor vel curator ſolvendo non eſſent. Poſt conſtitutionem autem Juſtiniani dicendum videtur, ſolutionem ſine judice factam aut ad liberationem ipſo jure non prodeſſe, licet tutor vel curator intervenerit; aut ſi adhuc debitores ita liberari placet, minus, quam olim, hoc caſu ſecuros eſſe: quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria conveniendos fuiſſe, & demum ſi illi ſolvendo non eſſent, patuiſſe, minoribus remedium extraordinarium. Hodie vero eſſe, quod de ſe querantur debitores, quod non ſolverint ſecundum præſcriptum conſtitutionis Juſtinianeæ.

Pecuniam autem ſalvam habeat) Etſi ſolutione ſine 5
tutore judiceve facta eandem pecuniam petere adhuc pupillus poteſt, aut ipſo jure, aut per reſtitutionem in integrum: ſi tamen nummi ſalvi ſint, eoſque penes ſe domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *l. pupillo.* 15. *de ſolut. l. bona fides.* 57. *de reg. jur. l. pen.* §. 1. *de reb. eor. qui ſub. tut.* Eodemque modo conſumptis nummis, ſi ex his locupletior factus iterum petat; exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum eſt. *l.* 4. §. *ſi quis.* 4. *de dol. mal. exc. l. in pupillo.* 47. *de ſolut. l. nam hoc.* 14. *de cond. ind.* Qua de cauſa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum eſt, quatenus patrimonium ejus auctum ſit: ut nihil mirum, ſi ſolutione locupletatus, iterum petens exceptione ſubmoveatur, cum etiam ultro adverſus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove geſto actio competat. *l.* 3. §. *pupillus. l.* 6. *in pr. de neg. geſt. l.* 5. *in pr. &* §. 1. *de auct. tut. l. naturaliter.* 13. §. 1. *de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior) Locupletior factus intelligitur ſi ex pecunia ſoluta rem aliquam ſibi comparavit, quam etiam nunc habet, *l.* 4. *de except.* aut ſi ea quovis modo in rem ejus verſa ſit. *l. ſi pupilli.* 66. *de ſolut.* Hoc amplius &, ſi rem ſibi neceſſariam ex nummis ſolutis pupillus emit, quam alioqui de ſuo empturus fuerat, licet ea ante litem conteſtatam perierit, quaſi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de ſuo perditurus erat, etiamſi nummos ſolutos non accepiſſet, *l. in pupillo.* 47. §. 1. *de ſolut.* Utrum autem pupillus locupletior factus ſit, necne, in hujuſmodi quæſtionibus eo tempore ſpectatur, quo agitur, ſeu tempore litis conteſtatæ, *d. l. in pupillo.* 47. §. 1. *l.* 4. *de except. l. litis.* 37. *de neg. geſt.*

Quod ſi male conſumſerit) Si pupillus, cui ſine tutore aut judice ſolutum eſt, pecuniam ſalvam non habeat, neve ex ea locupletior factus ſit, ſed male, profuſe, *ασωτως* eam conſumſerit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, ſed iterum eandem ſummam ſolvere cogitur. Plane ſi pupillus partem adhuc ſalvam habeat, aut pars in rem ejus verſa ſit, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quam pupillo abeſt. Ex his autem, quæ diſputata ſunt, intelligimus quid ſibi velit Accurſius, qui in *l.* 7. §. 2. *de minoribus*, ſcribit, debitorem pupillarem, ſolventem triplicem poſſe conſequi liberationem aut ſecuritatem; plenam, pleniorem, & pleniſſimam. Plenam, ſi pupillo ſine tutoris aut judicis auctoritate ſolverit, & pecunia pupillo iterum petenti ſalva ſit, inve rem ejus verſa. Ut *hic & ſupra dd. ll.* in quo effectum rei ſpectavit: nam vi ipſa debitor eſſe deſiit, qui exceptionem perpetuam ſibi quæſivit

l. 10.

*l.*10.*l.creditor* 55. *l.debitor* 108.*de verb.ſign.*Pleniorem, ſi ſolverit tutori, ejuſve auctoritate pupillo, non interveniente judicis ſententia: quo caſu quidem liberatio ipſo jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis reſtitutionis in integrum, *l.*1.*C. ſi advtr.ſol.* Pleniſſimam, ſi ſolutio facta ſit auctoritate & decreto judicis; quod cum factum eſt, etiam reſtitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartoli in *d.l.*7.§.1. ceterorumque interpretum diſtinctio eſt, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, ſed nulla probabili ratione improbata, *lib.*XVII.*conj.*13.

Ex diverſo, pupilli ſolvere ſine tutoris auctoritate non poſſunt) Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem; quia pecuniam non facit accipientis; ita eadem ratione nec ſolvendo creditori ſuo, quod debet, liberatur. Ceterum quemadmodum conſumptis nummis, quos mutuo dedit, condictio ei naſcitur: ita & conſumptis, quos dedit in ſolutum, contingit ei liberatio. *l.non omnis* 19. §.1.*de reb. cred. l.*9. §.2. *de auct. tut. l.*14. §.*ult. de ſolut.* Quid ergo, ſi 6
nummi, quos pupillus ſine auctoritate tutoris credidit aut in ſolutum dedit, caſu apud eum, qui accepit, perierint; utrius periculum & jactura erit? Donellus in *d.l.*19.§.1. Azonem ſecutus, pupilli periculum eſſe putat: quoniam ita jus ſit, ut res pereat ſuo domino, *l. 6. l. 9. C. de pign. act.* Sed recte cum *Gloſſ. & DD. comm.* Zaſ. *ibid. num.* 8. contrarium defendit; ne, quod favore pupilli introductum eſt, ut ne credendo aut ſolvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, & quod dicitur, caſus fortuitos ſpectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, niſi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure ſingulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: ſed quoad cetera perinde habendum, ac ſi quis alius credidiſſet aut ſolviſſet.

TITULUS NONUS.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. *Tit.* 27.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HIc titulus totius ſuperioris diſputationis quandam quaſi ampliationem continet, oſtendens, non ſolum nobis acquiri αμεσως per noſmetipſos; verum etiam per alios εμμεσως. Perſonæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio; ex qua enumeratione perſpicuum eſt, eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis ſubjectos eſſe, vel revera, ut ſunt liberi noſtri, quos in poteſtate habemus; item ſervi, tum noſtri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus uſumfructum habemus: vel juſta noſtra opinione, ut ſunt ſervi alieni & liberi homines, quos bona fide poſſidemus. De quibus ſingulis cum explicatum eſt, removetur hinc perſona extranea, utpote per quam excepta cauſa poſſeſſionis nihil acquiri poſſit: ac poſtremo ab acquiſitione rerum ſingularum tranſitur ad modos, quibus acquirimus res univerſas.

TEXTUS.

Summa.

Acquiritur vobis non ſolum per voſmetipſos, ſed etiam per eos, quos in poteſtate habetis: item per ſervos, in quibus uſumfructum habetis: item per homines liberos, & per ſervos alienos, quos bona fide poſſidetis: de quibus ſingulis diligentius diſpiciamus.

Vinnius in Inſtitut.

NOTÆ.

Quos bona fide poſſidetis) Ergo non tantum per eos, qui revera nobis ſubjecti ſunt, acquirimus, ſed etiam qui juſta opinione noſtra.

COMMENTARIUS.

ACquiritur vobis) In aliis libris hæc & quæ porro ſequuntur, leguntur in prima perſona, *acquiritur nobis, &c.* uti apud Cajum, *l.* 11.*de acquir.rer.dom.* unde hic titulus per magnam partem deſcriptus eſt: eoque modo etiam Theophil. hunc locum reddit, & legendum cenſent Cujac. Baro, Weſemb. mihi, utro modo legas, parum referre videtur.

In poteſtate) Non dixit, *in dominio*, ſed generaliter, *in poteſtate*, ut uno verbo & filiosfam. & ſervos comprehenderet. Nam poteſtatis verbo in perſona liberorum, patria poteſtas, in perſona ſervi, dominium ſignificatur, *l.poteſtatis* 215.*de verb.ſign.* VINN. Attamen & liberos æque ac ſervos fuiſſe in dominio juris Quiritium certiſſimum eſt. Liberi enim poterant mancipari, tanquam res mancipi, Caj. *Inſt.* 1, 6, 3. poterant vindicari: *l.*1.§.2.*ff.de rei vindic.* poterat, iis ſurreptis, actio furti institui. *l.*38.§.1. *ff. de furt.* Conf. Ill. Bynkersh. *de jure occidendi lib. cap.*1.*p.*145. HEIN.

TEXTUS.

De liberis in poteſtate.

1. *Igitur liberi veſtri utriuſque ſexus, quos*

in poteſtate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat, (exceptis videlicet caſtrenſibus peculiis) hoc parentibus ſuis acquirebant ſine ulla diſtinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam eſſet iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquiſitum eſſet, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum viſum eſt: & generali conſtitutione emiſſa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reſervavimus. Sancitum etenim a nobis eſt, ut ſi quid ex re patris ei obveniat, hoc ſecundum antiquam obſervationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia cauſa ſibi filiusfamilias acquiſivit, hujus uſumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei ſuis laboribus vel proſpera fortuna acceſſerit, hoc in alium perveniens, luctuoſum ei procedat.

N o t æ.

1. *Caſtrenſibus peculiis*) Quæ primum filiisfam. militibus conceſſa; poſtea etiam veteranis ſeu militia miſſis, *pr. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Juven. *ſat.* 16. *v.* 52. Poſtremo ad exemplum caſtrenſis etiam quaſi caſtrenſe peculium exceptum, quaſi militum contemplatione literatæ militiæ, *§. ul. inf. de mil. teſt.*

Sine ulla diſtinctione) Id eſt, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non diſtinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter uſumfructum & proprietatem.

Generali conſtitutione) *L.* 6. *C. de bon. quæ lib.* qua, quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante a diverſis principibus ſtatutum erat, *l.* 1. *&* 2. *C. de bon. mat. l.* 1. 2. 6. *&* 7. *C. Th. eod. l.* 1. *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* ne ἀσύμβολος abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum) Th. τὸ ἐπιφειλόμενον ἐφύλαξεν, *debitum reſervavit*, & vox *honorem* abundare videtur, Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, ſed acquiſiti. Deeſt quoque in emendatiſſimis editionibus, teſte Fabrot.

Uſumfructum patri) Quidam etiam caſus ſunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* auth. *excipitur*, cum 2. *ſeqq. C. eod. Peculium adventitium*, ξένον, ἐπήλυτον, Gloſſ. lat. gr. quod aliunde, quam a patre obvenit, & quaſi τιχηρῶς.

Commentarius.

1. *Poſt occupatam demum remp. filiisfam. primum militibus; deinde etiam veteranis peculium caſtrenſe pleno jure conceſſum: procedente tempore & quaſi caſtrenſe.*
2. *Quid ſit peculium filiisfam.? quot ejus ſpecies? & quid ſingula.*
3. *Tranſlato in Thraciam imperio primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, noviſſime omnium adventitiorum proprietatem filiisfam. conceſſam, ſolo uſufructu apud patrem relicto.*
4. *Quid moribus noſtris & Gallorum?*

Exceptis *caſtrenſibus peculiis*) Florente repub. peculium filiifam. uniuſmodi fuit. Nam ut ſervus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque plane jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in ſervos: cujus rei inter alios teſtis locuples eſt Dionyſ. Halicarnaſſenſis *lib.* 8. *Romani*, inquit, *proprium nihil poſſident, quamdiu patres eorum in vita manent: ſed & pecunia & corpora filiorum parentum poteſtati arbitrioque permiſſa ſunt, omniaque parentibus acquirunt quaſi ſervi*, ut
ὑποχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Verum Imperatores, 1
ut præmio aliquo adoleſcentes ad militiæ labores invitarent, eorumque ſibi conciliarent ſtudia, caſtrenſe peculium filiisfam. pleno jure conceſſerunt, primum militibus, poſtea etiam veteranis ſeu a militia dimiſſis, *inf. quib. non eſt perm. fac. teſt. in pr.* Ex quo filiifam. in hoc peculio jus ac vicem patrumfam. obtinere cœperunt, *l.* 2. *de ſenat. Mac.* idque ſignificat Juvenalis *ſatyr.* 16. *v.* 52. his verſibus.

> ——— *Nam quæ ſunt parta labore*
> *Militia, placuit non eſſe in corpore cenſus,*
> *Omne tenet cujus regimen pater.* ———

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia caſtrenſia, id ad tempora Julii aut Auguſti & ſequentia referendum eſt, *l.* 1. *de teſtam. mil. d. pr. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Poſtremo, nec multo poſt, ad exemplum caſtrenſis peculii etiam quaſi caſtrenſe peculium exceptum: & filiisfam. permiſſum eſt. *§. ult. inf. de mil. teſt.* Plane hactenus adhuc diu jus vetus patri conſervatum fuit, ut ſi filius inteſtatus deceſſiſſet, bona caſtrenſia pater jure peculii occuparet, *l.* 2. *de caſtr. pec.* de quo plura alibi. Vinn. Jus in peculio caſtrenſi eodem tempore conceſſum videtur filiisfamilias, quo militibus liberrima illa teſtamenti factio conceſſa eſt, cujus hiſtoriam habes in *l.* 1. *pr. ff. de teſt. mil.* Nec mutatum videtur quod pater bona filii inteſtati jure peculii occupet, ſi liberos vel fratres non reliquit. Nam & bonis publicatis, ea tanquam peculium penes patrem manent. *l.* 3. *C. de bon. proſcr.* Utroque enim caſu ceſſat favor filiifamilias militis, ob quem illi hujuſmodi conceſſum eſt privilegium.

Sine diſtinctione) Profectitii ſcilicet vel adventitii peculii, proprietatis & uſusfructus, inter quæ primus Juſtinianus eſt, qui differentiam generali lege intro-
duxit. Ex his porro patet, quicquid filiusfam. habet, 2
ſive conceſſione patris, ſive partum ſuo labore aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera poſſe dividi, ut dicamus peculium filiifam. eſſe vel militare, vel paganum; & utriuſque iterum duas eſſe ſpecies inferiores, illius caſtrenſe & quaſi caſtrenſe, hujus profectitium & adventitium. Caſtrenſe eſt, quod per occaſionem armatæ mi-

militiæ filius ſibi acquiſivit: quo quid contineatur, docent *l. caſtrenſe* 11. *de caſtr. pec. l.* 1. *C. eod.* Quaſi caſtrenſe eſt, quod in toga operam reipubl. navans paravit, puta ex profeſſione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis cauſarum, & urbana illa inermique militia. *l. ult. C. de inoff. teſtam. l.* 4. *l. advocati* 14. *C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque a Principe in filiumfam. collatam inſtar caſtrenſis peculii haberi placuit. *l.* 7. *C. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. eſſe placuit, ut de eo ſtatuere poſſit non ſecus ac ſi paterfam. eſſet, *d. pr. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt. l.* 1. *§. nec caſtrenſe* 15. *de collat. l.* 2. *de ſen. Mac.* Adde quæ notavimus ſub *§. ult. inf. de mil. teſt.* Profectitium peculium eſt, quod a patre ſive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiſcitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit, ſive id laboribus ſuis acquiſivit extra cauſam armatæ aut togatæ militiæ, ſive proſpera fortuna ei acceſſit, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum. *l.* 6. *C. de bon. quæ lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri ſecundum antiquam obſervationem adhuc acquiritur; hujus in univerſum proprietas filio data eſt conſtitutione Juſtiniani, ſolo uſufructu patri relicto: de quo mox fuſius.

Alii filio vel extraneo donare) Conſequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriuſque hujus peculii pleno jure pater dominus eſſet, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque ſtatuere, &, quod labore Titii filii acquiſitum eſſet, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porro etiam eſt, quod patre mortuo peculium paganum omne, niſi legatum eſſet, fratribus conferendum erat: *l. certum* 13. *C. fam. erc. l. filia* 12. *C. de collat.* quod in adventitio mutavit Juſtinianus *l. ult. C. d. tit.* convenienter priori ſuæ conſtitutioni, *l. cum oportet* 6. *C. de bon. quæ lib. in poteſt.*

3 *Generali conſtitutione emiſſa*) Cum olim bona omnia adventitia non minus, quam profectitia, pleno jure patris eſſent, Conſtantinus detraxit bona materna, quorum uſumfructum tantum patri, filio proprietatem tribuit, *l.* 1. *C. de bon. matern. l.* 1. *& l.* 2. *C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodoſius idem ſtatuerunt de bonis materni generis, id eſt, ex materna cognatione delatis. *l.* 6. *C. Theod. eod.* eoſque ſecuti Arcadius & Honorius. *l.* 2. *C. d. tit. l.* 7. *C. Theod. eod.* Theodoſius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius hoc etiam ad lucra nuptialia & ſponſalitia produxerunt. *l.* 1. *l.* 4. *C. de* [illegible] *quæ lib.* Poſtremo Juſtinianus generali conſtitutione emiſſa, quacunque ex cauſa filio quid acquiſitum eſſet, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejuſdem juris eſſe voluit. *d. l. cum oportet* 6. *C. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc ſecundum antiquam obſervationem) In profectitio peculio nihil Juſtinianus mutavit: ſed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri, ſecundum obſervationem juris antiqui. Plane poteſt nihilominus aliquid commodi ex conceſſione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos ſequitur, niſi nominatim ademptum ſit, *l. donationes* 31. *§.* 2. *de donat.* & bonis patris publicatis, ſeparatur & conſervatur liberis, *l.* 3. *§. ſed utrum* 4. *in fin. de minor.* Ait, *ex re patris in d. l. cum oportet* 6. *ex ſubſtantia patris*. Quid igitur dicemus, ſi quid filio obvenerit, non quidem ex re aut ſubſtantia patris, ſed patris occaſione & contemplatione? DD. *hic & in d. l. cum oportet* 6. id quoque peculii profectitii eſſe volunt, *arg. l. ſi ſerv.* 21. *cum l. ſeq. de uſuf.* ubi quod ſervo fructuario relinquitur aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur, tanquam ex re ejus quæſitum, *facit l. ſed ſi plures* 10. *§. in arrogato.* 6. *in fin. de vulg. & pup. ſubſt.*

Uſumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat) Dominium poſuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet* 6. Hæc autem proprietatis conceſſio non tribuit filio jus eam ſine patris conſenſu alienandi, *l. ult. §. ipſum autem* 5. *C. eod.* Si uſusfructus filio relictus ſit, hic totus acquiretur patri; at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de uſufr.* Nonnunquam & plena proprietas filio acquiritur; quod Juſtinianus primo introduxit in hæreditate, quam filius renuente patre adiiſſet, *d. l. ult. §.* 1. poſtea etiam in pluribus caſibus; in rebus ea lege filio datis, ne uſusfructus ad patrem perveniret: in hæreditate fratris & ſororis, ad quam una cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit ſine cauſa, *auth. excipitur & 2. ſeqq. C. de bon. quæ lib.* VINN. Immo & alii ſunt caſus, quibus plena filio proprietas adquiritur, veluti ſi pater doloſe verſatus ſit in bonis filio reſtituendis *l.* 50. *ff. ad SC. Treb.* ſi princeps filiofamil. donarit. *l.* 7. *C. de bon. quæ lib.* HEIN. Moribus noſtris & Gallorum adventitia omnia, ſicut caſtrenſia & quaſi, filii ſibi, non patri, & in ſolidum acquirunt: in profectitiis tantum antiquum jus acquirendi per filium patri relictum eſt. Gudelin. *de jur. noviſſ. lib.* 1. *c.* 14. Chaſſan. *in conſuetud. Burgund. §.* 1. *tit. des enfans de pluſieurs lits. ad verſ. & fait. les fruits.* Petr. Gregor. *ſyntagm.* XI. *c.* 8. *num.* 12. Enimvero quod provenit ex quæſtu aut opera liberorum, quos parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur, Grot. 1. *manuduct. c.* 6. add. Groenew. *de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque a nobis diſpoſitum eſt & in ea ſpecie, ubi parens emancipando liberos ſuos ex rebus, quæ acquiſitionem effugiebant, ſibi tertiam partem retinere, (ſi voluerat,) licentiam ex anterioribus conſtitutionibus habebat, quaſi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum ſuarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod ſui juris effectus eſſet, hoc per rerum deminutionem decreſceret. Ideoque ſtatuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam re-*

tinere poterat, dimidiam non dominii rerum, ſed uſusfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore ſumma fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.

NOTÆ.

2. Liberos ſuos) Th. τὸν παῖδα. Cujac. Hotom. Fabrot. *liberum ſuum*, numero ſingulari, ut *inf. de ſerv. cogn. in pr. & l. 33. C. de inoff. teſtament.* Aurel. Victor. *cap. 26. Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

Anterioribus conſtitutionibus) Intelligit *l. 1. & 2. C. Th. de matern. bon.* quæ Conſtantini ſunt. *l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis) Quaſi remunerationis gratia *d. l. 1. & 2. d. l. 6. §. 3.* pro præmio delatæ emancipationis, *l. 3. C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium eſt quærendorum bonorum. *l. 1. ſi a par. quis man.*

Quod honoris) Honorificum eſt filio, ſuæ poteſtatis & capitis familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1. *Cur, cum peculium profectitium, ſi pater id non ademerit, ſequatur filium emancipatum, dimidia uſusfructus adventitiorum, etiam expreſſe non reſervata patrem?*

EMancipando liberos ſuos) Cujac. Hotom. Weſem. *liberum ſuum*, numero ſingulari: quomodo etiam loquitur Juſtinianus *l. ſi quis 33. C. de inoff. teſtam. & inf. de ſerv. cogn. in pr.* legitur, *liberum*, vel *liberos*. Veteres autem ſemper in numero multitudinis ea voce uſi ſunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teſte Gell. *lib. 11. c. 13.* quod & Cajus confirmat *l. non eſt 148. de verb. ſign.* ubi ſcribit, non eſſe ſine liberis, cui vel unus filius filiave eſt. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habet liberos, non habet liberos*, ſemper plurativo numero profertur; ſicut & pugillares & codicilli. Gloſſa Græc. Lat. τέκνα, *liberi pluraliter tantum declinatur*. Quod autem Valla *lib. 111. elegant. 8.* ſcribit, liberum pro filio ſe & apud Paulum & apud Cajum reperire, exiſtimo eſſe ἁμάρτημα μνημονικὸν, eumque Paulum & Cajum dixiſſe pro Modeſtino & Ulpiano. Nam apud Modeſtinum *l. jus agnationis 34. de pact.* legit, *nolle ſuum liberum eſſe*, ut vulgatæ editiones habent: ſed Florentina nos docuit, legendum, *nolle ſuum eſſe*. Apud Ulpianum *l. nemo 126. §. 1. de regul. jur. qui liberum acquiſierit*. Sed & hic in Florentino Codice eſt, *qui libertum acquiſierit*, quomodo procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quinctiliani, ſed nec locum, nec verba citat. VINN. Immo locus, ad quem reſpicit Valla, eſt apud Quinctil. in *Declam.* 11. Conf. VV. Cl. Muncker. *ad* Hygin. *Fab. 9.* & Duker. *de Latin. vet. Ict. p.* 585. HEIN.

Ex rebus, quæ acquiſitionem effugiebant) Id eſt, ex iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio, non patri acquirebatur, ex Græcorum Impp. conſtitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia & ſponſalitia lucra, ut notatum *§. præc.* Cave igitur intelligas peculia caſtrenſia aut quaſi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuiſſe, ipſe Juſtinianus aperte teſtatur *d. l. cum oportet 6. §. cum autem 3. C. de bon. quæ lib.* unde hic §. deſcriptus.

Quaſi pro pretio emancipationis) Conſtantinus *l. 1. & l. 2. C. Theod. de bon. matern.* cenſuit, æquum eſſe, ut filius patrem emancipatorem remuneraretur, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in poteſtate manentibus conceſſerat, aut ut jus eſſet patri tantam horum bonorum partem ſibi retinere: idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius conſequitur, & ut ſui juris ac caput ipſe familiæ eſſe incipiat; quod ei honorificum eſt; & ut pleno jure deinceps omnia poſſideat, ſibique acquirat; quod lucroſum. Et hoc eſt, quod Juſtinianus hic ſignificat his verbis, *quaſi pro pretio emancipationis*: quod in conſtitutione ſua ſic expreſſit, *quaſi remunerationis gratia*, *d. l. cum oportet 6. §. 3.* Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. *l. 3. C. de bon. matern.*

Pro tertia parte dominii, dimidiam uſusfructus) Juſti- 1
niano duriuſculum viſum fuit, liberos ſpecie honoris tam gravem jacturam rerum ſuarum pati, ut tertiam earum partem parens manumiſſor auferret, ſibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de cauſa ipſe ſic ſtatuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus conſtitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, ſed uſusfructus conſequeretur, idque locum haberet in ceteris quoque adventitiis, poſtquam hujus generis bona omnia ejuſdem juris eſſe voluit. Ita factum ut nec liberi quicquam de dominio rerum ſuarum amitterent, nec cauſam conquerendi haberent parentes, conceſſo iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Juſtinianus cenſuit, etiamſi pater in emancipatione ſibi hoc præmium non expreſſe reſervavit, *d. l. cum oportet 6. §. cum autem 3*: cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris eſt, filium emancipatum ſequatur, tanquam a patre tacite donatum, ſi pater id non ademerit. *l. donationes 31. §. 2. de donat. arg. l. ſi Sticho 53. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus, qui lib. mer. §. ſi peculium 20. inf. de legat.* Differentiæ rationem hanc affert Joan. Faber, quod præmium emancipationis eſt ex proviſione legis, quæ patri proſpexerit in peculio, cujus ille adimendi poteſtatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit proviſione legis; quandoquidem ipſe pater pro arbitrio ſuo de eo ſtatuere poſſit, & qui hoc ipſo, quod non adimit, concedere ita tacite intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis poſſeſſio penes filium eſt, adventitii penes patrem, utpote uſufructuarium: itaque illud, ſi ademptum non ſit, quaſi ultro a patre relictum & filio conceſſum intelligi: in hoc autem, quod pater ipſe detinet, atque apud ſe habet, jus ſuum ſibi ſervare velle, beneficioque uti, niſi inter emancipandum, juri ſuo renunciaverit, vel donatione facta hoc ab ſeſe in liberos transtulerit, *d. l. cum oportet 6. §. cum autem 3.*

TEXTUS.

De ſervis noſtris.

3. *Item vobis acquiritur, quod ſervi veſtri ex traditione nanciſcuntur, ſive quid ſtipulentur, ſive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia cauſa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipſe enim ſervus, qui in poteſtate alterius eſt, nihil ſuum habere poteſt. Sed ſi hares inſtitutus ſit, non alias, niſi veſtro juſſu, hereditatem adire poteſt. Et, ſi vobis jubentibus adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac ſi vos ipſi heredes inſtituti eſſetis. Et convenienter ſcilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non ſolum autem proprietas per eos, quos in poteſtate habetis, vobis acquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Cujuſcunque enim rei poſſeſſionem adepti fuerint, id vos poſſidere videmini. Unde etiam per eos uſucapio vel longi temporis poſſeſſio vobis accidit.*

NOTÆ.

3. *Et convenienter*) Nempe regulæ initio poſitæ, quod per ſervos nobis ex qualibet cauſa acquiritur, etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lucrum tantum continet, non etiam damnum, ut hæreditas. *l. 32. D. mandat.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur per ſervos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis?*
2. *Cur hinc excepta hæreditas?*
3. *An poſſeſſio per ſervum domino ignoranti acquiratur quacunque ex cauſa?*

Dictum hactenus eſt, quatenus per liberos noſtros acquiramus: ſequitur de acquiſitione per ſervos, in qua jus vetus per omnia ſervatur, traditum a Cajo *l. 10. §. 1. & deinceps de acq. rer. dom.* & huc translatum. Id tale eſt, ut quicquid ſervus acquirit, ſive ex cauſa peculii, (quod in perſona ſervi unius generis eſt: nempe quod permiſſu domini ſeparatim a rationibus dominicis habet, *l. 5. §. ult. de pecul.*) ſive extra eam quacunque ex alia cauſa, id totum acquirat domino.

Sive quid ſtipulentur) Subobſcure hoc dictum videtur, pro, *ſive quid ab ſe ſtipulatum per traditionem nanciſcantur*. Nam etſi verum eſt, ſervos noſtros ſtipulantes nobis obligationem ex ſtipulatione acquirere; *inf. per quas perſ. obl. acq. §. 1. inf. de ſtip. ſerv.* ſub hoc tamen titulo non quæritur, per quas perſonas nobis obligatio acquiratur, ſed dominium ſive proprietas, & poſſeſſio.

Ignorantibus & invitis.) *L. etiam invitis. 32. de acq. rer. dom. l. quemadmodum. 46. de jur. dot.* Hujus autem neceſſariæ acquiſitionis non alia ratio quærenda, quam quæ hic & apud Cajum *d. loc.* relata eſt; nimirum quia ipſe ſervus, qui in alterius poteſtate eſt, nihil ſuum habere poteſt. Fit ergo hæc acquiſitio ipſo jure, ratione ſcilicet poteſtatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res ſubſiſtere poſſit in perſona ejus, qui in poteſtate eſt, & per quem acquiritur; ſed protinus & neceſſario acquiratur ei, qui in poteſtate habet, domino vel patri: (nam & filiusfam. qua talis, huc pertinet, *l. placet. 79. de acq. har.*) quorum etiam vicem in acquirendo ſervus ac filiusfam. ſuſtinent, & quibuſcum hactenus una perſona eſſe finguntur. Non obſtat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium non acquiri, *l. hoc. jure. 19. §. 2. de donat. l. invito. 69. de reg. jur.* non enim beneficii, ſed juris ratio facit, ut ſic domino per ſervum acquiratur. Quod ſi dominus id, quod ſibi ita quæſitum eſt, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius ut hanc objectionem effugiat, duos quaſi gradus in hac acquiſitione conſiderat, unum in perſona acquirentis, in qua acquiſitionis initium: alterum in perſona noſtra, in qua progreſſus quidam numeretur: ad initium quod attinet, ait, invitis nobis acquiri: quoad progreſſum atque abſolutionem, non niſi volentibus. Sed non eſt neceſſe, ut eo confugiamus, & fit hæc acquiſitio in momento. *d. l. placet. 79. de acq. har.* fruſtraque alias exciperetur hæreditas. 1.

Sed ſi hares inſtitutus ſit, non alias niſi veſtro juſſu) Exceptio proxime præcedentis regulæ. Hæreditas quidem & ipſa per ſervos noſtros hæredes inſtitutos nobis acquiritur; ceterum non eodem modo, quo ex ceteris cauſis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, ſed volentibus duntaxat & jubentibus eos hereditatem adire. Quod ſi juſſu noſtro non expectato adierint, nihil agitur, *l. ſi quis. 25. §. juſſum. 4. de acq. har.* Hoc autem cur ita placuerit, minime obſcurum eſt, ne ſcilicet in poteſtate ſervi eſſet domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod ſæpe excedit vires patrimonii defuncti. *l. 6. d. tit.* Illud enim notum eſt, eum, qui hæres efficitur, non tantum acquirere, ſed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis. 2

Et convenienter vobis legatum) Convenienter non ei, quod proxime præcedit de acquiſitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta eſt, ut non acquiratur per ſervum ſine juſſu domini; ſed regulæ initio poſitæ, quod per ſervos nobis acquiritur ex omnibus cauſis. Si ex cauſis omnibus, igitur & ex cauſa legati. Ex hac vero cauſa proculdubio etiam ignoranti & invito domino per ſervum acquiretur, ſicut ex ceteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis. 32. de acq. rer. dom.* Nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate eſt, ceſſat in legato, quod purum ſemper & liquidum lucrum affert, *l. ſi hereditatem. 32. mandat.* Plane jejuna quædam hic repetitio eſt de legato, quippe cujus jam in *pr. hujus §.* mentio facta: ſed Tribonianus hunc locum ex Cajo *d. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom.* deſcribens, incaute initium illius §. interpolavit, nam Cajus legati non meminit niſi ſemel, & demum in calce *d. §. 1.*

Non ſolum proprietas, ſed etiam poſſeſſio) An poſſeſſio

per

per ſervum nobis acquiratur; cauſa eſt, cur dubites. Hæc enim res non juris, ſed facti eſt. *l.* 1. §. 3. & 4. *de acq. poſſ. l. denique.* 19. *ex quib. ca. maj.* Ea autem quæ facti ſunt, non tranſeunt ad dominum, ſed in perſona ipſius ſervi conſiſtunt. *l. qui haredi.* 44. *de cond. & dem.* §. 2. *inſ. de ſtip. ſerv.* Ut proinde dicendum videatur, etiam poſſeſſionem in perſona ſervi ſubſiſtere debere, nec domino per ſervum eam acquiri. Verum poſſeſſio non corporis tantum & facti eſt, ſed etiam juris, teſte Papiniano in *l. poſſeſſio.* 49. §. 1. *de acq. poſſ.* aut potius, ut idem Papinianus in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti eſt poſſeſſio, ut cum de ea acquirenda, retinenda aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam eſt, ut per eos nobis acquiratur poſſeſſio, per quos res ceteræ, utique ſi
3 noſtro nomine poſſeſſionem apprehendant. Cum autem generaliter & ſimpliciter tum hic, tum apud Cajum *d. l.* 10. §. 2. *de acq. rer. dom.* ſcriptum ſit, non ſolum proprietatem, ſed etiam poſſeſſionem nobis per ſervos acquiri, & cujuſcumque rei poſſeſſionem adepti fuerint, id nos poſſidere videri; apud Ulpianum *l. ſi me* 34. §. *ult. de acq. poſſ.* hoc etiam amplius, ſervum meum ignoranti mihi poſſeſſionem acquirere: hinc Gloſſa & comm. DD. crediderunt, æque per ſervum quacumque ex cauſa poſſeſſionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res ceteras, excepta hæreditate. Sed verior eſt eorum ſententia, qui in acquirenda per ſervum poſſeſſione putant cauſam peculiarem ab aliis ſeparandam, ut ſi quidem ex cauſa peculiari poſſeſſionem nactus ſit, ea etiam ignoranti domino acquiratur, ſi extra cauſam peculii, non niſi ſcienti: quæ diſtinctio aperte proponitur, *l.* 1. §. *item acquirimus.* 5. *l.* 3. §. *ceterum.* 12. *l. quod ſervus.* 24. *l. peregre.* 44. §. 1. *de acq. poſſ.* Sed & ratio diverſitatis iisdem locis perſpicue indicatur: nimirum cum ea poſſeſſionis conditio ſit, ut non niſi animo & corpore acquiri poſſit, *d. l.* 3. *pr.* & licet corpore alieno, animo tamen non niſi noſtro, nobiſque volentibus. *d. l.* 3. §. *ceterum.* 12. *l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* Hunc animum noſtrum in earum quidem rerum poſſeſſione, quam ſervi ex cauſa peculiari adipiſcuntur, quodammodo & in genere ſaltem concurrere, eoſque quaſi voluntate noſtra intelligi poſſidere, eo quod peculium eos habere permiſimus: in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini acquiſitionem antecedere, ac propterea ad poſſeſſionem ex his cauſis acquirendam ſpecialem domini voluntatem certamque ſcientiam neceſſariam eſſe. *d. l. peregre* 44. §. 1. Sic igitur temperandum erit ſicubi ſimpliciter, quemadmodum hic, ſcriptum legamus, per ſervos nobis acquiri poſſeſſionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l.* 34. §. *ult. eod.*

Unde etiam per eos uſucapio) Cajus *d. l.* 10. §. 2. hoc ſic expreſſit; *unde etiam per eorum longam poſſeſſionem dominium nobis acquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis poſſeſſio acquiritur, ita receptum eſt, ut etiam ignorantes ex eadem cauſa uſucapiamus: cum alioqui poſſeſſio ignorantibus nobis quæſita, veluti per procuratorem, ad uſucapionem non proſit, niſi poſtquam ſcientia noſtra intervenerit, *l. ſi emptum.* 47. *de uſuc. l.* 1. *C. de acqu. poſſ.* quod plenius explicabimus *ſub* §. *pen. hujus tit.*

Textus.

De fructuariis & bona fide poſſeſſis.

4. *De iis autem ſervis, in quibus tantummodo uſumfructum habetis; ita placuit: ut quicquid ex re veſtra, vel ex operis ſuis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod vero extra eas cauſas conſecuti ſunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque ſi is ſervus hæres inſtitutus ſit legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non uſufructuario, ſed domino proprietatis acquiritur.*

Notæ.

4. *De iis ſervis*) Ex *l.* 12. §. 3. *de acq. rer. dom. l.* 21. *de uſufr.*

Ex operis ſuis) Puta ſi ſutor ſit, aut pictor, aut faber, & pro opera hujuſmodi mercedem acceperit, *l.* 26. *de uſufr.* Quid ſi ex ſuperioribus cauſis, nominatim domino proprietatis ſtipuletur, aut nomine ejus rem accipiat? Acquirit domino proprietatis *l.* 25. §. 3. *d. t. l.* 37. §. *pen. de acq. rer. dom.* Ceterum placet fructuarium condicere id poſſe, *l. pen. de ſtip. ſerv.*

Hæres inſtitutus, &c.) *D. l.* 10. §. 3. *l.* 47. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *pr. de acq. hær.* excipe, niſi quid horum factum contemplatione fructuarii, *l.* 21. & *ſeq. de uſufr.* quo caſu ſervus ex re fructuarii, non opera ſua fructuario acquirere intelligitur, *l.* 45. *d. t.* ne objici poſſit, quod aditio hæreditatis non ſit in opera ſervili, *d. l.* 45. *in pr.*

Commentarius.

1. *Cui acquirat ſervus fructuarius, ſi dicat ſe domino proprietatis accipere ex re fructuarii?*
2. *Aditionem hæreditatis non eſſe in opera ſervili, & quare.*
3. *Servum contemplatione fructuarii hæredem inſtitutum, fructuario hæreditatem acquirere; & juſſu ejus, non domini, adire.*

Quæ de quærendo per ſervos dominio aut poſſeſſione dicta ſunt §. *præc.* ea locum habent, cum quis plenam in ſervo proprietatem habet. Quod ſi apud alium uſusfructus ſervi ſit, apud alium nuda tantum proprietas: hic ex duabus cauſis fructuario per hunc ſervum acquiritur, ex re ſcilicet fructuarii, & ſervi operis; ex ceteris cauſis proprietario. Idemque juris ſervatur in eo, qui bona fide ſervit, ut ex iiſdem cauſis acquirat bonæ fidei poſſeſſori, ex ceteris aut ſibi, ſi liber eſt, aut domino, ſi ſervus: de quibus nunc porro ſequitur.

Ex re veſtra vel ex operis ſuis) *L.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l. ſi ſervi.* 21. *de uſufr.* Ex re fructuarii, veluti ſi ſervus, cum fructuarius eum diſpenſatorem feciſſet, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, uſuræ pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l.* 1. *C. de rei vind. l. ſervus.*

mus. 43. §. ult. de acq. rer. dom. Ex operis ſervi, verbi gratia, ſi ſutor ſit, aut pictor, aut faber, atque ex hujuſmodi aut ſimili opera alii præſtita aliquid paravit, mercedem ſcilicet operæ, *l. ſi operas 26. de uſufr.*

1 Sed quid ſi dicat ſervus, ſe domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc caſu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim ſtipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis ſuis, eidem acquireret, *l. per ſervum. 37. §. pen. de acq. rer. dom. l. ſed etſi. 25. §. quæſtionis. 3. de uſufr.* Et facit hoc quidem ratio ſummi juris: ceterum quod ita domino proprietatis quæſitum eſt, placuit fructuarium condicere poſſe, *l. pen. de ſtip. ſerv.* Cur vero tantum ex duabus iſtis cauſis placeat acquiri fructuario, ratio hæc eſt, quod quæ ex iſtis cauſis acquiruntur, fructuum vicem obtinent, cetera in fructu non ſunt.

Extra eas cauſas) Extra ſuperiores cauſas habetur, quod ſervus fructuarius ex re pecuniave alterius conſecutus eſt, puta ex peculio, quod a proprietario habet, aut ſi quid ſervo donatum legatumve ſit, aut ſi hæres ſit inſtitutus. Idcirco placet, nihil horum per ſervum fructuario acquiri, ſed omnia hæc acquiri domino proprietatis. *d. l. 10. §. 3. l. ſervus. 43. l. fructuario. 47. l. quod fructuarius. 49. de acq. rer. dom. l. ſi quis. 25. de acq. ar.* De hæreditate a quibuſdam olim dubitatum eſt, propterea quod in aditione factum ſervi interveniat, *l. liber. 19. de acq. rer. dom.* & ſine hujuſmodi facto ſervi nec domino hæreditas acquiri poſſit. *l. 3.*
2 *C. de her. inſt.* Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non eſſe in opera ſervili, *l. aditio. 45. de acq. har. d. l. fructuario. 47. de acq. rer. dom.* & recte: nam aditio factum quidem eſt, ſed opera non eſt: quippe cum opera non ſit ſine labore; qui in aditione nullus eſt. VINN. Poſſet & eadem reddi ratio, quam reddit Ulpianus, docens, partum ancillæ non eſſe in fructu. *l. 27. pr. ff. de hæred. petit.* Quemadmodum enim ancillæ non ideo parantur, ut pariant: ita nec finis primarius eſt eorum, qui ſervos ſibi comparant, ut hæreditates nobis adquirant. Uſufructuari .: autem capit tantum fructus ordinarios quoſcumque. HEIN.

Si hæres inſtitutus, legatumve quid ei; &c.) Hoc etiam generaliter ſic traditum eſt *l. 10. l. 47. l. 49. de acq. rer. dom. l. 25. de acq. har.* Alibi tamen hæc extat exceptio, niſi ſervus hæres inſtitutus ſit, legatumve quid ei aut donatum fuerit contemplatione fructuarii: quod enim ita relictum datumve ſervo fructuario eſt, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. ſi ſervi. 21. & l. ſeq. de uſufr.* eademque diſtinctio probata eſt in ſpecie non diſſimili: *l. facta. 63. §. ſi hæres. 4. ad ſen. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide poſſeſſi; cujus in hac cauſa, & ſervi fructuarii, eadem ratio, *l. aditio. 45. §. ult. de acq. har.* Neque tam exceptio hæc eſt, quam interpretatio & declaratio quædam ſuperioris regulæ, quæ definit, nihil per ſervum fructuarium fructuario acquiri, præterquam ex re fructuarii, aut ex ſervi operis. Docet nimirum iſta diſtinctio, quod contemplatione fructuarii datum aut relictum eſt, extra illas duas cauſas non acquiri: quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex ſervi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit, rem
3 quæſitam voluit, *d. l. aditio. 45. §. ult. de acq. har.* Ex quo etiam perſpicuum eſt, falli Gloſſam, Joan. Fab. Cantiunc. *hic.* Bart. *in d. l. 25. de acq. har.* & quotquot ſunt, qui ſcribunt, ſervum fructuarium, ut maxime contemplatione fructuarii hæres inſtitutus ſit, non poſſe hæreditatem juſſu fructuarii adire, eamque per aditionem directo acquirere fructuario, ſed adeundam eſſe juſſu proprietarii, cui etiam ſtricta ratione hæreditas acquiratur, ſed reſtituenda fructuario condictione ſine cauſa, ut in caſu *l. pen. de ſtip. ſerv.* Fefellit eos, quod putaverunt, prius eſſe, ut aditio hæreditatis contra expreſſi juris auctoritatem ſtatuatur eſſe ſpecies operæ ſervilis, quam in caſu propoſito dici poſſit, ſervum juſſu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita eſt: neque enim ex cauſa operæ ſervilis hæc acquiſitio defenditur, ſed ex capite altero, quia ſcilicet hoc caſu ſervus ex re fructuarii acquirere intelligitur, ex qua cauſa vel maxime fructuario acquiri conſtat, *d. l. aditio. 45. §. ult. de acq. hæred.* Ubi ex hoc eodem fundamento Juriſconſultus defendit, liberum hominem bona fide a me poſſeſſum, & mei contemplatione hæredem inſtitutum, meo juſſu adire & mihi acquirere hæreditatem poſſe, bonæ fidei autem poſſeſſoris & fructuarii eadem plane in his quæſtionibus ratio eſt, ut mox docebitur; conſent. Jaſ. *in d. l. 25. de acq. har.* Mynſ. Bach. *hic.* Movere autem neminem debet, quod quibuſdam locis generaliter definitur, ſervum fructuarium juſſu ejus, qui uſumfructum in eo habet, adire hæreditatem non poſſe, ut *d. l. 25. in pr. & d. l. aditio 45. §. pen.* Hujuſmodi enim loci accipiendi ſunt de ſervo ſimpliciter inſtituto, non contemplatione fructuarii: quo caſu ſi per ſervum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra ſuperiores duas cauſas: quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc noſtro *§. & d. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom.* generaliter ſcriptum ſit, quod ſervo fructuario donatur aut relinquitur, id acquiri proprietario; nemo tamen eſt, qui neget, admittendam hic eſſe illam ſive exceptionem ſive interpretationem, niſi quid ſervo donatum relictumve ſit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum eſt. Quod vero Paulus in *l. quod fructuarius. 49. de acq. rer. dom.* ſcribit, quod extraneus ſervo fructuario donat, indiſtincte ſoli proprietario acquiri; id non eo pertinet, ut excludat inſignem & receptam diſtinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii aut ſimpliciter ſervo donatum eſt; ſed eam, quam ipſe in pr. iſtius legis proponit in fructuario donante. Plane ex generali horum locorum definitione evidenter evincitur, errare eos, qui contendunt, quod ſervo fructuario donatur aut relinquitur, in dubio præſumendum, donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tanquam certum tradit D. Dionyſ. Gothofred. *in annot. ad Schneid.*

TEXTUS.

5. Idem placet & de eo, qui a vobis bona fide poſſidetur, ſive is liber ſit, ſive alienus ſervus. Quod enim placuit de uſufructuario, idem placet & de bona fidei poſſeſſore. Itaque quod extra iſtas duas cauſas acquiritur, id vel ad

hunc & ſpecialem procuratorem interſit. Plane extra cauſam adminiſtrationis, ad acquirendam domino poſſeſſionem generale mandatum non ſufficit; ſed aut ſpeciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l. communis* 42. §. 1. *de acq. poſſ.*

Non ſolum ſcientibus, ſed & ignorantibus) Etiam ignorantibus poſſeſſionem per procuratorem nobis acquiri, multis locis apertiſſime ſcriptum eſt, *l. ſi pr. curator* 13. *de acq. rer. dom. l. ſi me* 34 §. 1. *l. poſſeſſio* 49. §. *ult. de acq. poſſ. l.* 1. *C. eod.* Cui non obſtat, quod dicitur in *l. ea qua* 53. *de acq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis poſſeſſionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus poſſe acquiri poſſeſſionem., & non acquiri, niſi volentibus. Ignorare poſſumus, quo tempore procurator noſter poſſeſſionem apprehendat: quandocunque autem hoc fit, noſtra fit voluntate, qui ut apprehenderet, mandavimus.

Et per poſſeſſionem dominium) Ut poſſeſſio nobis per procuratorem acquiritur, ſic & per poſſeſſionem dominium, ſi incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l. traditio* 20.
2 §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *C. de acq. poſſ.* Etenim admiſſo eo, ut per liberam perſonam poſſeſſio nobis quæratur, neceſſarium hoc conſequens fuit, ut & dominium quæreretur per poſſeſſionem prius quæſitam, ſi ea a rei domino transferendi dominii cauſa tradita eſſet. Fieri enim non poteſt, quin is, qui rem ex juſta cauſa, hoc eſt, idonea ad transferendum dominium, traditam a domino poſſidere cœpit, dominus ejus rei ſtatim efficiatur. Cum autem dicimus, poſſeſſionem, & per hanc dominium, per procuratorem nobis acquiri, non hoc intelligimus, acquiri hæc primum procuratori, a quo deinde ad nos tranſeant: ſed miniſterio procuratoris recta nobis acquiri poſſeſſionem, & per conſequentiam quæſitæ poſſeſſionis eo caſu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet, *ατοπον* eſſe & alienum, quod DD. plerique hic afferunt, ideo facilius dominium miniſterio alieno quæri, quam obligationem; quia jura perſonalia & obligationes magis inhærent oſſibus hominum.

Vel uſucapionem) Id eſt, uſucapiendi occaſionem. Hoc enim perpetuum eſt, ut quo caſu dominium ſtatim acquiritur, ſi dominus ſit, qui tradit dominii transferendi cauſa, eo caſu acquiratur jus uſucapionis,
3 ſi dominus non ſit. Prætermiſſa autem hoc loco a Triboniano eſt inſignis inter hos caſus differentia. Nam ſi is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur. *d. l.* 13. *de acq. rer. dom.* Si non fuit dominus, uſucapiendi conditio mihi non quæritur, niſi poſtquam ſcientia mea intervenerit *l.* 1. *C. de acq. poſſeſſ. l. ſi emptam* 47. *de uſuc. l. poſſeſſio* 49. §. *ult. de acq. poſſ.* Hoc ideo, quia eum, quem uſucapere volumus, non ſufficit poſſidere, niſi & poſſideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui ſe poſſidere ignorat.

Aut longi temporis præſcriptionem) Potuerat hoc omitti. Nam poſtquam ex duobus his generibus acquirendi, quæ prius fuerant, uſucapione & præſcriptione longi temporis, unum Juſtinianus fecit, *l. un. C. de uſuc. transform.* ſatis fuiſſet, alterutrius tantum meminiſſe, aut uſucapionis, aut præſcriptionis.

TEXTUS.

Tranſitio.

7. *Hactenus tantiſper admonuiſſe ſufficiat, quemadmodum ſingulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipſo ſingulæ res vobis acquiruntur; item fideicommiſſorum, ubi ſingulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per univerſitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti ſitis, ſive cujus bonorum poſſeſſionem petieritis, vel ſi quem adrogaveritis, vel ſi cujus bona libertatum conſervandarum cauſa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos tranſeunt. Ac prius de hæreditatibus diſpiciamus. Quarum duplex conditio eſt. Nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad vos pertinent. Et prius eſt, ut de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento vobis obveniunt; qua in re neceſſarium eſt, initium de teſtamentis ordinandis exponere.*

NOTÆ.

7. *Si cui hæredes &c.*) Ex modis acquirendi per univerſitatem, qui plures olim fuerunt, v. Cont. 1. *diſp.* 12. ſoli manſerunt hi quatuor, ſuſceptio hæreditatis, bonorum poſſeſſionis agnitio, *inf. tit.* 10. *lib.* 3. adrogatio, & libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12. *d. lib.* 3.

NOTÆ.

1. *Verbis, per univerſitatem, non titulum acquirendi, ſed rem, quæ acquiritur, ſignificari.*
2. *Ex veteribus acquirendi per univerſitatem modis ſolos ſupereſſe quatuor: quos Juſtinianus commemorat.*
3. *Quid ſit hæreditas?*
4. *Quibus modis deferatur?*
5. *Species acquiſitionis per univerſitatem apud nos recepta.*

Expoſitis modis, quibus jure civili acquiruntur res ſingulæ, tranſit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur univerſæ, ſive quibus acquirimus per univerſitatem. Non minus autem hic ſpectandi modi ipſi & cauſæ acquirendi, quam univerſitas acquiſitionis. Nam & legari & donari bonorum univerſitas poteſt, *l. non amplius* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. ſi unquam* 8. *C. de revoc. donat.* poteſt & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* ſed tituli hi nihilominus natura ſua ſingulares ſunt, hoc eſt comparati duntaxat ad acquirendum res ſingulas, & ideo nec idem jus in univerſum acquirenti tribuunt, quod verbi cauſa hæreditas: idque cernitur in actionibus directis, tam activis, quam paſſivis. Modi ipſi acquirendi ſoli univerſales ſunt natura ſua, ad quos nunc ſe Princeps confert.

Lega-

Legatorum jus, item fideic. opportunius inferiore loco) Occupat, & tacite removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod ſcilicet in diſputatione de acquiſitione juris civilis rerum ſingularum non omnes acquirendi modos, qui eo pertinent, exequatur. Quod lex methodi videbatur exigere; ſed parte eorum præterita, ad aliud genus intempeſtive tranſeat: nam legata & fideicommiſſa non minus ad prius iſtud genus acquiſitionis pertinere, quam uſucapionem & donationem. Id ergo ſe non ignorare ſignificat, & conſulto tractationem de legatis & fideicommiſſis in alium locum rejeciſſe, eamque, qui longe ſit opportunior: nam originem eorum, cauſam communem, & exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure teſtamentorum, *inf. de legat. in pr.*

Per univerſitatem) Hoc eſt, quibus univerſum & una acquiſitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus univerſum alterius, non ſeparatim res
1 ſingulas. Ita enim paulo poſt; *Si cui ergo hæredes facti ſitis, &c. ejus res omnes ad vos tranſeunt*, & Cajus *lib. II. tit. 2. in pr. Per univerſitatem*, ait, *hoc eſt, ſimul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac. *l. hæreditas 62. de reg. jur. l. nihil aliud 24. de verb. ſign. l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* D. Vultejus putat, his verbis, *per univerſitatem*, titulum acquiſitionis ſignificari, non res acquirendas: ſed oppido quam inepte. Quis enim unquam fando audivit, titulo tribui univerſitatem, aut titulorum quoſdam dici univerſos? Multorum iſta collectionem arguunt. Quæ affectio cum tantum rerum propria ſit, nec tamen omnium, hinc eſt, quod res quædam dicuntur ſingulæ, quædam univerſæ; & rerum ſive bonorum quædam univerſitas, non tituli. Ceterum quemadmodum actiones, quibus bonorum univerſitatem petimus, ex objecto appellamus univerſales, qualis eſt rei vindicatio, ſingulares, aut ſpeciales: *l. 1. l. in ſpeciali 73. de rei vind. l. ut reſponſum 15. C. de tranſact.* ita & titulos, qui pertinent ad acquirendum per univerſitatem, id eſt, res alicujus univerſas, univerſales; qui ad res ſingulas ſingulares dicimus. In ſumma univerſitas non eſt cauſa ſive titulus, neque etiam modus acquirendi, ſed illud ipſum, quod acquiritur, veluti hæreditas, quam ſibi delatam acquirit hæres adeundo, *§. ult. inf. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes facti &c.) Olim modi, quibus per univerſitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Ant. Contius *lib. 1. diſput. cap. 12.* Ex quibus antiquati, ſucceſſio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in ſervitutem ex Senatuſconſulto Claudiano, *inf. tit. de ſucceſſ. ſublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex Senatuſconſulto Claud.* item in manum conventio ſeu coemptio. Quæ itidem ſpecies erat ſucceſſionis per univerſitatem. Nam olim cum mulier viro in manum conveniſſet, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant, dotis nomine, teſte M. Tullio in *Topic. cap. 4.* in quem
2 locum de ritu coemptionis vid. Boet. Soli manſerunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Juſtinianus, ſuſceptio hæreditatis, bonorum poſſeſſionis agnitio, adrogatio, libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & ſucceſſio fiſci, bona damnatorum, vel eorum, qui ſine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus 15. de interd. & rel. l. 1. & paſſim de jur. fiſc.* item ingreſſus monaſterii. Nam Juſtinianus *Nov. 5. cap. 5.* unde *auth. ingreſſi. C. de ſacroſ. Eccleſ.* conſtituit, ut univerſa bona religionem ingreſſi acquirantur monaſterio, extra quam ſi liberos habeat, inter quos ſubſtantiam ſuam dividere non prohibetur, una ſaltem parte ſibi retenta, in quam monaſterium ſuccedat. ☞ Quod jus illorum temporum peperit ſuperſtitio. Ceterum neque fiſci, neque monaſterii ſucceſſio ſimpliciter univerſalis eſt, qualis eſt hæredis, bonorum poſſeſſoris, &c. ut onera quoque agnoſcere cogantur: licet enim teneantur reſpondere creditoribus, damnum tamen nullum ſentiunt, ſi bona non ſufficiant. Nicol. Burg. *ad conſuet. Flandr. tract.* XIII. *n.* 10. Ex quatuor autem modis per univerſitatem ſuccedendi hic propoſitis, unus eſt, per quem ſucceditur viventi, ſcilicet adrogatio, per ceteros ſucceditur defuncto.

Prius de hæreditatibus) In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli ſequentis conſumuntur, niſi quod tractatio de legatis & fideicommiſſis inſeritur, propter argumenti conjunctionem. Hæreditas proprie nihil aliud eſt, quam univerſum 3
illud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud noſtros: Hæreditatis appellatio univerſitatem quandam ac jus ſucceſſionis demonſtrat) *l. bonorum 208. de verb. ſignif.* Juris nomen eſt, & ideo damnoſam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis 119. l. pecunia 178. §. 1. eod.* Item, hæreditas etiam ſine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas 50. de hær. pet.* Atque ut oſtendant, eum hæredem dici, qui ſuccedit in univerſum demortui jus, ſuſcipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hæreditatem definiunt eſſe ſucceſſionem in univerſum jus, quod defunctus habuit; *l. nihil 24. de verb. ſignif. l. hæreditas 62. de reg. jur.* Proprie enim ſucceſſio & ſuccedere hæredis eſt, non hæreditatis; hæreditas vero illud jus, quod per ſucceſſionem hæredis acquiritur, *tot. tit. de acq. hær.* Atque ita ego definitionem iſtam explicare ſoleo, facem prælucente Ulpiano in *l. 3. in pr. de bon. poſſ.* Diligentius hæc excuſſi *ſup. tit. de reb. corp. & incorp.*

Vel ex teſtamento vel ab inteſtato) Acquiſitio hæreditatis duabus hiſce rebus conſtat, delatione, & delatæ ſuſceptione. Ex delatione eſt jus & titulus acquirendi, in ſuſceptione modus. Et ideo non ante acquiri hæreditas poteſt, quam cum delata eſt, *l. ſi quis 12. §. 2. de acq. hær.* & retro delata eſſe intelligitur, quam quis poteſt adeundo conſequi, *l. delata 151. de verb. ſign.* Defertur autem hæreditas aut teſtamento, aut lege 4
ab inteſtato, *l. 1. & 2. ſeqq. de hæred. pet.* unde hæredes alii teſtamentarii, alii legitimi: item hæreditas teſtamentaria, & legitima, *l. in plurium 70. de acquir. hær. l. 6. §. 2. quæ in fraud. cred.* Sciendum autem eſt, primum agi hic de delatione hæreditatis directa, nam indirecto, hoc eſt, per fideicommiſſum, non teſtamento tantum, ſed etiam codicillis relinqui hæreditas poteſt; nec ſolum teſtamento facto, verum etiam ab inteſtato: & is, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, ex Senatuſconſulto Trebelliano hæredis loco habetur: de quo demum *tit. de fideic. hær.* qui eſt antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hæreditate,

☞ *Vide Notam Cenſoriam in Monito ad Lectorem num. 16.*

quæ deferatur, & acquiritur jure civili: ceteroquin jure prætorio & bonorum poſſeſſor effectu hæres eſt, & bonorum poſſeſſio, quæ hic ab hæreditate ſeparatur, vi ipſa nihil aliud, quam hæreditas, *l.* 1. 2. 3. *de bon. poſſ. l. hæreditatis* 158. *de verb. ſign.* Tantum in tempore & modo acquirendi nonnulla diſſimilitudo, ut videbimus ſuo loco. *inf. de bon. poſ.*

Quæ ex teſtamento obveniunt) Ordinarium fuit ante de judiciis teſtantium, deinde de ſucceſſione ab inteſtato loqui, ait Ulpian. *l.* 1. *ſi tab. teſt. nul. ext.* nimirum quia prior ſemper ratio fuit hæreditatis teſtamentariæ, quam legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto, ſic confirmantur judicia teſtantium, ut quamdiu hæc proferuntur, atque ex teſtamento adiri poteſt hæreditas, ab inteſtato non deferatur *l. quamdiu* 39. *de acq. hær.* Quoniam autem ad hoc, ut teſtamento deferatur hæreditas, & acquiri poſſit, requiritur ut teſtamentum juſtum ſit, hoc eſt, ſecundum regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo ſubjicit, neceſſarium eſſe, expoſitionem ejus rei ab ordinatione teſtamentorum inchoare.

5 Ex omnibus per univerſitatem acquiſitionibus, quæ unquam apud Romanos fuerunt, ſola apud nos in uſu eſt ea, quæ fit per ſuſceptionem hæreditatis: bonorum enim poſſeſſores nulli, ſed hæredes omnes ſunt & appellantur, qui vel ex teſtamento vel ab inteſtato defuncto ſuccedunt; eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hæreditas acquiritur. Acquiſitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat, pro conſervatione libertatum bonorum addictio, nullum uſum in hiſce regionibus habere poſſunt, cum nec adoptionis in totum ulla vis ſit, nec ſervos agnoſcamus, ut alibi relatum. Ceterum duæ aliæ ſpecies acquiſitionis per univerſitatem moribus noſtris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias: altera per voluntatem ſupremam præmorientis conjugis. Nam ex conſuetudine generali Hollandiæ & Weſtfriſiæ nuptiis contractis bona conjugum confunduntur & communicantur, niſi pactis antenuptialibus aliter cautum ſit. Atque hinc ſtante matrimonio debita unius ex bonis alterius exſolvi poſſunt. Habetque locum hæc confuſio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens maneret in poſſeſſione & quaſi dominio communis familiæ fructuſque ſola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, uſque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus eſſet: ſed hodie hoc amplius non obtinet, niſi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperiatur, vid. D. Grot. *lib.* II. *manuduct. ad juriſp. Bat. c.* 11. & 2. *ſeqq.*

TITULUS DECIMUS.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 1. *C. Lib.* 6. *Tit.* 23. *Nov.* 66. 119. *c.* 9.

Genera teſtamentorum obiter expoſita, & ratio ordinis Juſtinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum eſt cum quæritur de acquirenda hæreditate, quæ dicatur teſtamento delata, in primis inſpiciendum eſſe, an teſtamentum valeat, & rite ordinatum ſit; eamque ob cauſam etiam initium hujus tractationis a doctrina de teſtamentis ordinandis, ſive de ratione & modo teſtandi Imperatorem capere. Ceterum cum hæc doctrina ad omnium teſtamenta non pertineat, ſed ad paganorum duntaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum ſcriptorum alia forma ſit, alia non ſcriptorum, ut omnis confuſio vitetur, prius genera teſtamentorum obiter ſecernemus, explicaturi deinde, quomodo ſingula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Teſtamentum in genere nihil aliud eſt, quam ultima voluntas, qua quis hæredem ſibi ſive bonorum ſucceſſorem deligit. Et geminæ ejus ſunt ſpecies; unum commune omnium civium Romanorum, quod paganicum appellatur; alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rurſus vel ſcriptum eſt, vel non ſcriptum, ſeu nuncupativum. §. *ult. inf. eod.* & §. 1. *tit. ſeq.* Et commune ſive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l. omnium* 19. *C. hoc tit.* vel fide privata. Cum autem ſola paganorum teſtamenta, quæ quidem fide privata fiunt, adſtricta ſint legibus, quæ ad ſolemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus ſoluta, ſciendum eſt, nihil eorum, quæ de his in conficiendo teſtamento obſervandis hoc loco & paſſim aliis ejuſdem argumenti ſimpliciter traduntur, ad militaria teſtamenta pertinere, adeoque in toto jure, cum ſimpliciter teſtamentum nominatur, commune ſive paganicum intelligi. Paganorum teſtamenta ut recte fiant, & jure civili rata ſint, in hiſce tribus poſitum eſt: in perſona teſtantis; in forma teſtandi & modo; in rebus, quas teſtamentum neceſſario complecti debet. Quod Cajus in *l.* 4. *hoc tit.* ſic expreſſit; *Si quæramus*, inquit, *an valeat teſtamentum; in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit teſtamentum, habuerit teſtamenti factionem? deinde ſi habuerit, requiremus an ſecundum regulas juris civilis teſtatus ſit?* Regulæ vero iſtæ pertinent vel ad modum teſtandi, vel ad res, quas teſtamento, ut valeat, complecti neceſſe eſt. Atque hæc omnia etiam a Juſtiniano ordine tractantur: verum orditur ille a teſtandi modo. De perſonis teſtantium agit ſecundo loco, *infr. tit.* 12. de rebus, quarum inſertio

ad

ad vim teſtamenti neceſſaria, *tit.* 13. & 14. Recenſet hic primum hiſtoriæ cauſa antiquas atque obſoletas teſtandi formas; deinde explicat, quo ritu poſtea teſtamenta fieri cœperint, primum per ſcripturam, deinde ſine ſcriptura, voluntate palam nuncupata. Ceterum hæc omnia pertinent ad ea teſtamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide ſi quis teſtari velit quod hic a Juſtiniano omiſſum, poterit id facere vel coram Principe per ſupplicationem, vel apud acta judicis aut municipium; & tunc neque teſtes, neque alia ſolemnitas deſideratur, *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* & ibi *Gloſſ.* & *DD.* add. Mynſing. VI. *obſ.* 29. Boet. *deciſ.* 128. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 7. *num.* 4.

Textus.

Etymologia.

Teſtamentum ex eo appellatur, quod teſtatio mentis ſit.

Notæ.

Teſtatio mentis) Alluſio potius, quam ἐτυμολογία; cujuſmodi noſtris ſæpe obrepunt, *l.* 1. *de acq. poſſ. l.* 1. *de novat. l.* 2. §. 2. *de reb. cred. l.* 35. §. 1. *de mort. ca. don.* Definitionem habes apud Modeſt. *l.* 1. *D. hoc tit.* Ulpian. *tit.* 20. *Vide plura in Comment.*

Commentarius.

1. *Non proponi hic veram teſtamenti notationem, ſed alluſione quadam etymologica oſtendi rei & vocis convenientiam.*
2. *Definitio teſtamenti, quæ Modeſtinum auctorem habet, examinata, & perfectiores producta.*
3. *Teſtamentorum uſum generaliter conſideratum eſſe ex jure gentium; ſpecialiter, ex jure civili.*
4. *Apud pleroſque populos tam liberam non fuiſſe, neque etiam nunc eſſe, teſtandi & legandi poteſtatem, quam apud Romanos fuit.*

1 Quod *teſtatio mentis ſit*) Alluſione quadam etymologica oſtendit rei & vocis convenientiam, imitatus Serv. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, teſtamentum dixit eſſe verbum duplex, compoſitum a conteſtatione mentis. Eſtque hujuſmodi alluſiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocis venuſtas delectat: in rebus ſeriis etiam utilitate ſua, quam in re declaranda habet, commendabilis. Qualis eſt illa Ciceronis, qui *lib.* 1. *de Offic. cap.* 6. *fidem ex eo appellatam* ſcribit, *quia fiat, quod dictum eſt*. Item illa Auguſtini quod *mentiri inde dictum, quod ſit contra mentem ire.* Similis eſt illa apud Priſcianum: *argumentatio dicta eſt, quaſi arguta mentis oratio.* Apud noſtros etiam crebro id genus occurrit. Talis eſt illa Paulli & Labeonis, qui poſſeſſionem appellatam ſcribunt a ſedium poſitione, *l.* 1. *in pr. de acq. poſſ.* Et Ulpiani, qui ait, novationem nomen accepiſſe a nova obligatione *l.* 1. *de novat.* Ejuſdem generis inveniuntur & in *l.* 3. *de damn. inf. l. ſenatus* 35. §. 1. *de mort. ca. don. l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Nec abſimilis eſt illa Celſi, dicentis, jus a Juſtitia appellatum eſſe, *l.* 1. *in pr. de juſt. & jur.* Hæc autem & his ſimilia licet non dicantur ex vero, ſpecioſam tamen veri arguendi vim habent, ſicuti exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quam veræ. Nullamque omnino cauſam video, cur Servium alluſionis propoſitæ auctorem carpat Aul. Gellius VI. *noct. Attic.* 12. aut in Juſtinianum tam inclementer invehatur Valla *lib.* VI. *elegant.* 36. ut dicat, eum exploſam atque deriſam etymologiam denuo [illegible]caſſe: dignus profecto ipſe, qui ſibilo explodatur? Quis enim neſcit, teſtamentum eſſe verbum, non compoſitum, ſed ſimplex? &, ſi de vera ejus originatione quæratur, dictum eſſe a teſtando? Quod autem convenit & verbo & ſimul rei, *teſtatio mentis*, fortuitum eſſe, nec in aliis verbis per hujuſcemodi formam productis idem evenire, atque ideo, nec per ſimilem alluſionem declarari poſſe? Et iraſcor Goeddeo, qui in *l. nomen.* 164. *de verb. ſign.* contendit, eandem hanc derivandi rationem etiam accommodari poſſe verbis, *veſtimentum*, *ornamentum*, *calceamentum*, & ejuſdem productionis ceteris; lepida ſcilicet ratione, quia & ſartor, ſutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo ſine mente ſe veſtit, ornat, calceat. Et igitur ſi Goeddeo credimus, veſtimentum ex eo appellatum recte dici poterit, quod veſtitio mentis ſit; calceamentum, quod ſit calceatio mentis: An igitur & incrementum, quod ſit mentis excretio? Mallem dixiſſet, Cerberum ſe metuere, quam hæc tam temere atque inconſiderate effutiſſet. Apparet autem ex verbis hujus textus & diſputatione Gellii, Juſtinianum & Servium non definitionem aut deſcriptionem aliquam teſtamenti ſive ipſius rei proponere voluiſſe, ſed indicare rationem nominis, ὅρον ὀνοματώδη, ἤτοι ἐτυμολογίαν. Quæ & Theophili mens eſt, licet aliud videatur doctiſſimo Salmaſio *lib. de uſur. cap.* 1. Vinn. Recte omnino auctor noſter: cujus obſervationibus id adde, quod auctores noſtri hic ſtoam ſuo more imitentur. Iis enim philoſophis hujuſmodi alluſiones erant familiariſſimæ. Cic. *de Offic. lib.* 1. *cap.* 6. Seneca *Epiſt.* 88. Vidit jam hoc Vir [illegible]mius Em. Merill. *Obſ. lib.* 1. *cap.* 10. & ante eum ſummus Cujacius *Obſ. lib.* XI. *cap.* 37. Addenda etiam quæ hanc in rem contra Laur. Vallam diſputant viri docti apud Cl. Duker. *de Latinit. vet. JCt. p.* 23. *ſequ.* & *p.* 462. Scip. Gentil. *Orig. ad ff.* & Ægid. Menag. *Amœnit. jur. cap.* 39. Hein. Deſcriptionem teſtamenti habemus apud Modeſtinum *l.* 1. *hoc tit.* *Teſtamentum*, inquit, *eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Juſtam ſententiam ſi accipimus ſolemnem, aut plenam, hoc eſt, integram & de omnibus bonis (utraque enim ſignificatio huic verbo convenit) hac nota ſatis removebuntur codicilli. Expreſſior tamen eſt illa Ulpiani *in frag. tit.* 20. qui ſic definit; *Teſtamentum eſt mentis noſtræ juſta conteſtatio, in id ſolemniter facta, ut poſt mortem noſtram valeat.* Quod Modeſtinus voluntatis ſententiam, Ulpianus conteſtationem dixiſſet, uti & in *l. qui teſtamento* 20. §. & *veteres.* 8. *hoc tit.* conteſtationem ſupremam: quoniam non eſt ſimplex voluntatis enunciatio aut demonſtratio, ſed teſtata, hoc eſt, declarata & expoſita apud eos, qui ut teſtes eſſent rogati ſunt: hoc modo; *Hæc uti in tabulis ſcripta ſunt, ita vos, Quirites,*

teſtor. Itaque teſtimonium perhibitote. Perfectiſſima autem erit definitio, ſi ita dicamus; *Teſtamentum eſt ſuprema conteſtatio in id ſolemniter facta, ut quem volumus, poſt mortem noſtram habeamus hæredem.* Nam legata ad teſtamenti ſubſtantiam non pertinent, *l.*1.§.3 *de hæred. inſtit.* Sunt autem hæ definitiones conceptæ de iis teſtamentis duntaxat, quæ fiunt jure communi omnium Civ. Rom. ad ea, quæ fiunt jure proprio & ſingulari, qualia ſunt militum, *de quib. tit. ſeq.* & quorundam etiam paganorum, de quibus nos obiter *ad* §. 4. *n.* 2. *infr. h. tit.* non pertinent. Quæri hoc loco ſolet, cui juri adſcribenda teſtamenti factio, utrum juri gentium, an civili? Dicendum eſt, ſi generaliter, ſimpliciter & indefinite uſus teſtamentorum conſideretur, eum eſſe ex jure gentium; ſi ſpecialiter & definite ex jure civili. Neque aliud interpp. ſentiunt, cum originem teſtamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile. Formam nimirum propriam & modum teſtandi peculiarem cujuſque reipubl. Nemo enim, opinor, tam ineptus eſt, ut putet, rem ullam eſſe ſine forma, aut ſimplicem & ſecundum jus gentium teſtandi rationem, qualis in militum teſtamentis cernitur forma carere. Breviter, ut liceat morituris diſponere de rebus ſuis, ex jure gentium eſt; ut non aliter liceat, quam hoc vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum eſt, licet a poſteriori concludat, quod apud omnes fere gentes in uſu teſtamenta fuerunt, ſive jus cavendi de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri vellet. Philoſophorum ſupremas aliquot voluntates refert Diog. Laertius in *vitis Philoſoph.* Eſaias Propheta annunciat Ezechiæ regi Judæ, ut domui ſuæ præcipiat, quaſi mox morituro. II. *Reg.* XX. & Tacitus de Germanis noſtris, ut ſingulare aliquid notat, quod nullum apud eos teſtamentum eſſet, *lib. de morib. Germ. cap.* 20. Idem quoque arguit, quod miles, qui ſecundum jus gentium teſtari creditur, deportatum hæredem inſtituere poteſt, *l.* 13. §. 2. *de teſtament. mil.* junct. *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Et ſecundum hæc ad populum Conſtantinus; *Nihil eſt*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntatis* (*poſtquam jam aliud velle non poſſunt*) *liber ſit ſtilus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium. l.* 1. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* Reperiuntur tamen, qui teſtamenti factionem toto ſuo genere juris mere civilis eſſe contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt, quod dicimus, rem ipſam ſimpliciter & per ſe conſideratam eſſe juris gentium. Negant, rationi & ſimplicitati juris gentium convenire, ut quis diſponat de re non ſua: id autem eum facere ajunt, qui diſponit in id tempus, quo dominus eſſe deſinit. Sed aſſumptio hæc falſa eſt. Non enim de re aliena, ſed ſua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus eſt, teſtator diſponit, & quid fieri velit, ordinat: licet exſecutionem voluntatis in tempus mortis ſuæ ſuſpendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quam ſi quis bona ſua omnia alicui donaret ea lege, ut ipſe, quoad vivat, uſum poſſeſſionemque eorum retineat. Nam, ut recte docet D. Grotius *lib.* II. *de jur. bell. & pac. cap.* 6. *num.* 14. teſtamentum vi ipſa nihil aliud eſt, quam alienatio in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim jure poſſidendi ac fruendi. Ex eo quoque, quod ſucceſſio, quæ jure ſanguinis ab inteſtato defertur, revera ex jure communi eſt, male colligas, alienum eſſe a ratione ejuſdem juris, ultima voluntate de bonis ſuis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum eſt, defuncti bona ſimpliciter addici proximis, ſed in defectum ſupremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit *arg.* §. *per traditionem.* 40. *ſup. de rer. diviſ. d. l.* 1. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hæreditate lex duodecim tabularum ſecuta eſt. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis ſunt. Quale eſt illud, quod Papinianus ſcribit, teſtamenti factionem non privati, ſed publici juris eſſe, *l.* 3. *hoc tit.* Nam ſi jus publicum proprie accipimus, quod utilitate publicum eſt, ut in diviſione juris propoſita, §. *ult. ſup. de juſt. & jur. l.* 1. §. 2. *eod.* teſtamenti factio juris privati eſt. Publici autem juris eſſe dicitur oppoſitive ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica eſt, *l.* 1. *ad leg. Falc. l. verbis* 120. *de verb. ſign.* nec ut contractus, privati cujuſque arbitrio, ſed legum poteſtate regitur, *l. ult. de ſuis & legit. hær.* quanquam & quæ ad jus publicum proprie pertinent, magnam partem ex moribus & inſtitutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus expoſui ad *d.* §. *ult.* Neque majoris momenti eſt, quod de deportato profertur, eum nec teſtamentum facere, nec ex eo capere poſſe, *l.* 8. §. 1. *hoc tit. l.* 1. *C. de hær. inſt.* qui tamen omnia, quæ ſunt juris gentium, retinet, *l. ſunt quidam.* 17. §. 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere poteſt, nec patriam poteſtatem, nec tutelam, nec jus ſucceſſionis cognationi tributum retinet. Nimirum etſi hæc omnia ex jure gentium, tanquam ex communi fonte populus Romanus hauſerit, propria tamen ſibi fecit, & a communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, teſtamentum eſſe juris gentium, quo modo contractus & commercia juris gentium eſſe dicuntur: ſed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipuæ partes ſunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis ſunt, teſtamentum numerandum, tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris ſunt, non quæ mere civilis & poſitivi: quoniam ex ratione juris gentium eſt, ut quis moriturus de bonis ſuis poſſit diſponere: quo ſenſu etiam in Inſtitutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ διαθήκας συγγράφεσθαι, *tit. de jur. nat. gen. in pr.* reviſe ad ea, quæ ſub §. 1. *ejuſ. tit.* a nobis tradita ſunt. Illud plane ridiculum eſt, quod ex eo, quod Tacitus ſcribit, apud Germanos ſuo tempore uſum teſtamentorum non fuiſſe, nonnulli colligunt, teſtamenti factionem cum jure gentium non conſentire: nam uſum quoque emptionis & venditionis Germanos ignoraſſe idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non eſſet: & elleboroſi hominis eſt, ex uſu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare, add. doctiſſ. Vigl. *ad* §. 2. *hoc tit.* VINN. Non adeo expedita res videtur, teſtamenti factionem eſſe juris gentium: ſive per illud intelligas, jus, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, ſive quod uſu & neceſſitate exigente homines inter ſe conſtituiſſe dicuntur. Nec rationes Vinnii id evincunt. Nam (1) Multæ gentes condiderunt teſtamenta, ſed non omnes. Non Germani, Tac. *de mor. Germ. cap.* 20. non Athenienſes ante Solonem, Plutarch. *in Solon. p.* 90. non Hebræi,

Selden. *de ſucceſſ. in bon. Hebr. cap.* 24. non Indi denique, veluti Siamenſes, De la Loubere *du Royaume de Siam. T.* 1. *part.* 2. *ch.* 7. *n.* 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnat, alicui jus eſſe ſtatuendi de rebus ſuis ita, ut voluntas poſt mortem valere incipiat, ubi jam velle deſiit, & mors omnia ſolvit. Quod animadvertens vir acutiſſimus, Leibnitius in *nova methodo Juriſprud. p.* 56. *ſequ.* ad animarum immortalitatem confugit, ut ſic perdurare voluntas mortuorum videatur, quod nimis dilutum eſt. (3) Nec donationis exemplum a Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos ſtatim dominium transfert, quamvis ſibi uſum poſſeſſionemque reſervet. (4) Grotii definitio non exhaurit naturam teſtamenti, de quo nobis quæſtio eſt. Quis enim dixerit, teſtatorem, quoad vivit, tantum jus poſſidendi & fruendi ſibi reſervare, quum res ſuas vendere, donare, quin ipſam ultimam voluntatem mutare poſſit? Et quis dixerit, eam alienationem eſſe revocabilem, qua nihil alienatur, & quæ revocari poteſt, antequam valere cœpit? (5) Denique nec uſu & neceſſitate exigente teſtamenta inventa ſunt, quum nulla neceſſitas fingi poſſit, quæ homines adegerit ad teſtandum, quum jam leges exſtent de ſucceſſione, immo hæc teſtamenti factio ſæpe incommodis oneret rempublicam? Vid. Hert.
4 *Elem. Polit. Part.* II. *Sect.* II. §. 53. Hein. Adjicio, ἐν παρόδῳ, multis viſum, e republica aliquando eſſe, nimiam teſtandi & legandi libertatem præcidere, præſertim in Optimatum ſtatu, & hactenus, ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib.* v. *de repub. cap.* 2. auctor eſt, ſolis Athinienſibus uſurpatam fuiſſe infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros a Solone acceptam in duodecim tabulas retuliſſe, & populo Romano propoſuiſſe his verbis: *Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto, l. verbis legis* 120. *de verb. ſignif.* Ceterarum autem gentium omnium unam legem fuiſſe, ne prædia teſtamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos, aliosque populos uti. Nos ſcimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœceſi Trajectina, locis Bataviæ noſtræ proxime adjacentibus. Excepta apud nos ſunt bona feudalia, quæ teſtamento dare, legare non licet ſine indulgentia Ordinum hujus provinciæ. At impetrata de his teſtandi licentia, poteſt vaſallus feudum, cui velit teſtamento relinquere, modo is, cui relinquitur, ex juſto matrimonio procreatus ſit. Et poteſt hoc facere etiam ſine permiſſu ejus, qui proximus feudi dominus eſt, & ſine conſenſu ſucceſſorum feudi ab inteſtato. Simplex indulgentia non plus juris vaſallo tribuit, quam ut ſemel de bonis feudalibus directo diſponere poſſit vel inſtituendo vel legando: plures autem gradus faciendi poteſtas aut ſubſtituendi ſive directo ſive per fideicommiſſum non aliter competit, quam ſi hoc quoque ſpecialiter diplomate comprehenſum fuerit, Grot. II. *manuduct. c.* 42. & *ib.* Groenew. *in not. notabil. feud.* §. 24. Apud Ultrajectenſes etiam ſimplex indulgentia poteſtatem ſubſtituendi tribuit, ſed ſemel duntaxat.

Textus.

De antiquis modis teſtandi Civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per æs & libram, ſcilicet quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque teſtibus & libripende, civibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licet diutius permanſerit, attamen partim & hoc in uſu eſſe deſiit.*

Notæ.

1. *Calatis comitiis*) Calato ſeu convocato per lictorem curiatum populo, teſtamentorum confirmandorum cauſa: curiata enim hæc erant comitia, non centuriata aut tributa. Gell. *lib.* xv. *c.* 27. Gruch. *in præf. lib. de comit.* In Gloſſis, *calata comitia*, ἀρχαιρεσια δὶς τȣ ἐτȣς γινομενα, Vide infr. in Comm.

Per emancipationem) Emancipare & mancipare proprie eſt, ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Epiſt.* II. 2. *v.* 158. *Si proprium eſt; quod quis libra mercatus & ære eſt,* [illegible] translationem prædicatur de qualibet alienatione & ſubjectione. Plaut. *Bach.* & *Curcul.* Cic. *Phil.* II. & *Cat. Maj.*

Imaginariam venditionem) Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; ſed νομμȣ̃ χαριν ſeſtertius nummus, v. Cujac. x. *obſ.* 37.

Quinque teſtibus) Aderant præter libripendem teſtes quinque, cives Rom. puberes, certiſque verbis hic actus perficiebatur. V. Ulpian. *tit.* 19. §. 2. & *tit.* 20. §. 1. & 8. & Boet. *in top.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salmaſ. *de uſur. c.* 8.

Familiæ emptor) Suet. *Neron. c.* 4. *Familiæ emptor*, id eſt, hæreditatis; qui initio erat ipſe hæres futurus, §. 10. *inf. eod.* poſtea autem alius ab hærede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theophil. quod Plutarco *lib. de ſer. num. vind.* abſurdum videtur.

In deſuetudinem) Cauſam te docebit Theoph.

Commentarius.

1. *Comitiorum genera obiter expoſita, & oſtenſum, quibus comitiis teſtamenta fieri ſolebant.*
2. *De teſtamento, quod veteribus endo procincta.*

3. De-

3. *De teſtamento per æs & libram.*
4. *Quando ſuperiora genera teſtamentorum in uſu eſſe deſierint.*

QUo ratio juris de forma & modo faciendorum teſtamentorum poſtea conſtituti facilius & perfectius intelligatur, neceſſarium putavit Juſtinianus, a primordio rem totam repetere. Et ſunt ſane multa in jure novo & poſterioribus temporibus conſtituto, quæ ſine veteris notitia perfecte intelligi non poſſunt: idque non tantum in re hic propoſita, ſed etiam in pleriſque aliis juris Juſtinianici partibus accidit. Accommodari huc poteſt illud Senecæ *lib.* VI. *de benef. c.* I. *Etiam, quod diſcere ſupervacuum eſt, prodeſt cognoſcere.* Ait autem, primis temporibus duo genera teſtamentorum populo Romano in uſu fuiſſe, quorum altero, quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod procinctum, cum in prælium procincti educerentur: acceſſiſſe autem poſtea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei teſtem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib.* XV. *noct. Attic. c.* 27. ſic ſcribit; *Tria genera teſtamentorum fuiſſe accipimus; unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Item quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit.* 20.

Quod calatis comitiis appellabant) Tribonianus non ſatisfacit ſtudioſis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes parcius de eo agunt, nec explent deſiderium hominis curioſi. Quamobrem ne quid antiqui moris ignoretur, videndum eſt, quænam iſta comitia, quæ Juſtinianus, Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc iis ſolis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. Patet ex ſcriptis veterum, maxime Ciceronis, Livii & Dionyſii Halicarnaſſenſis, tria fuiſſe, eaque diverſa comitiorum genera; curiata, centuriata, & tributa; quorum antiquiſſima curiata. Nam ex quo Curiæ primum a Romulo inſtitutæ ſunt, uſque ad tempora Servii Tullii, ſexti Romanorum regis, omnia, quæ ſuffragiis populi a regibus committebantur, curiatis comitiis peracta fuere: ut ex eo intelligi poteſt, quod necdum centuriæ, nec tribus erant, quæ ſuffragium dicere poſſent. Itaque non modo reges, ſed ceteros etiam magiſtratus curiatis comitiis creatos fuiſſe interpretandum eſt, cum apud auctores reperimus, a populo eos creatos: & leges omnes, quæ ad illud uſque tempus latæ ſunt, curiatæ fuerunt: &, judicium Horatii a populo curiatis comitiis peractum eſt. At poſt claſſes a Servio rege inſtitutas, tum duo cœperunt eſſe comitiorum genera, curiata & centuriata: atque illis duobus tantum uſus eſt populus uſque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primum inſtituta ſunt tributa comitia; & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim ſuffragium dicebat, hoc eſt, in quibus populus per curias diviſus ſententiam rogabatur; ut quod plures curiæ ſtatuiſſent, id juſſum populi diceretur: nec auſpicato fieri poterant, niſi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per claſſium centurias diviſus ſuffragium ferebat, ita ut ſuffragia colligerentur centuriatim, & quod plures centuriæ juſſiſſent, id jus ratumque eſſe. Hæc intra pomœrium haberi non poterant; locus eis deſtinatus, erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cum populus tributim ſive per tribus diviſus ſuffragium iniret, in quibus quod plures tribus juſſiſſent aut vetuiſſent, ſpectabatur. Hæc autem diverſa fuiſſe a curiatis argumento eſt, quod tribus a curiis ſemper diverſæ fuerunt; quodque, intra an extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia ſolis magiſtratibus fuit, niſi de ſacris eſſet agendum; & quidem ſolis patriciis & majoribus magiſtratibus curiata & centuriata; tributa etiam tribunis plebis. Sacrorum autem cauſa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando regi ſacrificulo, quam curiata: nam fallitur D. Weſembecius, dum exiſtimat, magiſtratus coegiſſe centuriata comitia, calata pontifices. Cauſæ habendorum comitiorum variæ; ad creandos magiſtratus aut confirmandos; ad leges ferendas, judicia exercenda, ſacerdotes inaugurandos, deteſtationis ſacrorum, adrogationum, & teſtamentorum faciendorum cauſa: nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad inſtitutum non opus eſt: adeundi Nicol. Gruchius & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. ſcripſerunt ex profeſſo. Cum igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, neceſſe eſt, calata, quorum hic mentio fit, ſpeciem unam ex his fuiſſe. Non fuere autem centuriata: alioqui ſequeretur, nec in urbe teſtari Quirites potuiſſe, nec omnino primis temporibus teſtari ante tempora Servii regis, a quo primum centuriata comitia inſtituta ſunt. Multo minus putandum eſt, hæc comitia tributa fuiſſe: quippe quorum uſus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ ſola primis temporibus, cum in concione teſtamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obſcure indicat loco ſuperius citato, cum ait, iiſdem comitiis calatis ſacrorum deteſtationes & teſtamenta fieri ſolita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit, ædes, terram, aram conſecrare injuſſu plebis, teſte Cicerone *pro dom.* conſecrationes a pontificibus factas curiatis comitiis docet Gruch. *lib.* III. *de comit. Rom. cap.* I. Igitur quod in concione calatis comitiis teſtamenta olim fieri ſolita dicuntur, calatis comitiis, hoc eſt, convocato teſtamentorum confirmandorum cauſa populo, non centuriatim ſive per centurias claſſium, ut D. Viglius exiſtimat, neque per tribus, ſed per curias, idque a collegio pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens uſus erat verbi *calo*, quod Græcum eſt, unde nomina *calendæ*, *curia calabra*, *claſſis*, &c. Macrob. I. *Saturn.* 15. exiſtimare licet, initio comitia omnia calata fuiſſe: ſed poſtea cum id verbum in uſu eſſe deſiit, nomen calatorum comitiorum in his tantum, quæ pro collegio pontificum haberentur, retentum eſſe; idque religionis & antiquitatis cauſa Gellius ſane *d. lib.* XV. *cap.* 27. refert in libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo ſcriptum eſſe, Labeonem ſcribere, calata comitia eſſe, quæ pro collegio pontificum haberentur, aut regis ſacrorum, aut flaminum inaugurandorum cauſa. Et paulo poſt, iiſdem comitiis & teſtamenta condita. Ac credibile eſt, ideo pon-

ti-

tiſices teſtamentorum factionibus præfuiſſe, quia ſacra, quæ ad eos pertinebant, una cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum teſtamentorum exhibere ſcribit D. Viglius, quæ precibus Principi oblatis inſeruntur, juxta *l. omnium.* 19. *C. h. t.* Nam Principem poſt legem regiam quodammodo univerſum populum repræſentare. Sed & teſtamentum, quod in acta magiſtratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum ſubit, quia & ipſum publica fide fit, & quaſi totius civitatis, *d. l. omnium.* 19. Vinn. Quæ hic Vinnius perſpicue refert, ea maximam partem recte ſe habent, & plenius exponuntur a Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata teſtamentorum cauſſa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magiſtratuumque creandorum cauſſa, immo & ob alia negotia publica, bellum, pacem, judicia, &c. Teſtamenta autem nihil aliud tum erant quam leges, rogatæ a magiſtratu, & curiarum ſuffragiis confirmatæ. Unde vocabulum *legare*, quaſi legem ferre νομοθετειν *Nov.* 22. *cap.* 2. legis modo relinquere. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 1. Deinde nec id (2) admittendum videtur, quod teſtamenta principi oblata, vel in acta magiſtratus municipumve relata in teſtamentorum, quæ calatis comitiis facta ſint, locum ſucceſſiſſe exiſtimat; quum complura ante ſæcula obſoleviſſent comitia calata, teſtamentaque in iis fieri ſolita, quum hæc teſtamenta principi vel magiſtratibus oblata invenirentur. Hein.

Quod procinctum dicebatur) Alterum teſtamenti genus antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri eſſent, incerti an eſſent redituri, procinctum appellatum eſſe ait; pro quo malim *in procinctu*: nam teſtamentum inepte procinctum dixeris: licet Theophilus quoque *procinctum* legat, ut veriſimile ſit ita Tribonianum ſcripſiſſe. At enim veteres ita locuti non ſunt, ut hoc epitheton ipſi teſtamento apponerent: ſed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam claſſem dicebant, id eſt, multitudinem hominum ad prælium inſtructam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores eſſent, teſte Feſto, hinc *procinctus*, pro *exercitus*. Ammian. *lib.* XVIII. *procinctus adventans*. Teſtamenta autem, quæ pugnaturi inſtructa acie nuncupabant, *endo procinctu*, vel *in procinctu* appellabant. Gloſſ. Lat. Græc. *endo procinctu*, εζωσμενοι εν πολεμω. Lucilius Balbus apud Cic. II. *de nat. Deor. cap.* 3. *Itaque maxima reipubl. partes, in his bella, quibus reipub. ſalus continetur, nullis auſpiciis adminiſtrantur, nulla perennia ſervantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu teſtamenta perierunt*, & *lib.* I. *de Orat. cap.* 53. apud eundem Antonius, *Qui duos filios ſuos parvos tutela populi Romani commendaſſet, ac ſe, tanquam in procinctu teſtamentum faceret ſine libra atque tabulis populum Rom. tutorem inſtituere dixiſſet illorum orbitati*. Ita quoque Feſtus, Gellius, Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan. p.* 198. ita hanc rem explicat; Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris ſcutaque ſumpturis περιζωννυσθαι τηβεννον, *præcingere togam*, ſimulque διαθηκας αγραφους, *teſtamenta ſine ſcripto* facere, & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare, Vinn. Immo in textu Plutarchi eſt τριων και τετταρων, qui conficiunt ſeptem. Forte και pro η ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod ſæpe & alibi fit. Vid. Jo. Strauch. *Lexic. partic. in voce* Et. Hein.

Quod dicebatur per as & libram) Ἀπαισιον: ut ſcribit Theophilus, hoc eſt, *inauſpicatum* veteribus viſum fuit, ſano & valente corpore teſtamentum facere velle, extra quam ſi præſens periculum foret, veluti ſi in hoſtem pugnandum eſſet: aut comitia teſtamentis faciendis ex profeſſo haberentur: quod bis tantum in anno, ſi eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem ſemper libera eſſet teſtamenti factio; nec fœminæ, quibuſcum nulla comitiorum communio erat, teſte Gellio *lib.* V. *cap.* 19. ulla ratione teſtari poſſent, excogitata poſtea eſt tertia teſtandi ratio, ſecundum quam & quovis loco ac tempore, & fœminis etiam ſuprema judicia ordinare liceret. Hic modus teſtandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat: unde hæres per æs & libram apud Ciceronem II. *de legib.* Et ſciendum eſt, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non ſignato, uſos fuiſſe pro pecunia, atque hæc appendere non numerare ſolitos: ſignata pecunia demum poſt Pyrrhum Regem devictum uti cœpiſſe, eamque numerare, auctore Plinio *lib.* XXXIII. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam poſtea retenta ſunt, ut, pendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetuſti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cicero *in Topic. cap.* 10. traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem ſequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret domino ære & libra, appenſo ei νομω χαριν, dicis cauſa, nummo uno. Atque hoc modo pleniſſimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno ſcilicet jure Quiritium; cum alioqui bonitarium duntaxat tranſiret. Quo accommodandum illud Horatii *Epiſt. lib.* II. *ep.* 2. *v.* 158. — *Si proprium eſt, quod quis libra mercatus & are eſt.* Aderant præter libripendem quinque teſtes, cives Romani, puberes, certiſque verbis hic actus perficiebatur, vid. Ulp. *tit.* I. §. 11. & *tit.* 19. §. 2. & Boet. *in Top.* Cic. *lib.* III. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, as tenens ita dicit; Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo, iſque mihi emptus eſt hoc are aneaque libra. Deinde are percutit libram, indeque as ei dat, a quo mancipio accipit, quaſi pretii loco*, ita recte eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, ſed omni major, Cl. Salmaſ. *lib. de uſur. c.* 8. Traductum hoc poſtea ad tranſlationes univerſitatis bonorum, ut futurus ſucceſſor familiam, id eſt, univerſam ſubſtantiam teſtatoris εικονικως emeret, quo poſt mortem ejus hoc tanquam juſto titulo bona poſſidere intelligeretur. Eadem quoque ſolemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus. Vinn. Immo vera ratio paullo altius repetenda, cur Romani teſtamenta condenda putarint per æs & libram. Leges extabant de ſucceſſione ab inteſtato. Leges privata cujuſque voluntate mutari non poterant, *l.* 38. *ff. de pact.* ſed alia lege opus erat, qua prior abrogaretur. Hinc teſtamenta olim fiebant in comitiis calatis, per mo-

dum legis. Poſteaquam autem leges XII. tabularum cuivis conceſſiſſent libertatem teſtandi, lege notiſſima: Paterfm. uti legaſſit ſuper pecuniæ tutelæve ſuæ rei, ita jus eſto: opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fingebant, teſtatorem hæreditatem, tanquam rem mancipi vendere, addita ſecreta lege: Hæc uti in his tabulis ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor. Facem hic præfert Vir Illuſtr. Corn. van Bynkersh. *Obſ. Lib.* II. *cap.* 2. HEIN.

Quod per emancipationem) Ita quoque Theophilus, Aul. Gellius *lib.* XV. *c.* 27. *per familiæ emancipationem*, nec video, cur potius legendum *mancipationem*: quod vult D. Bachovius. Etenim veteres, non minus verbo, *emancipare*, quam *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero *de Senect. c.* 11. *Ita ſenectus honeſta eſt, ſi nemini emancipata eſt*. Plaut. *in Bach. Act.* 1. *ſc.* 1. *v.* 60. *Nunc mulier tibi me emancupo, tuus ſum.* Horat. *epod.* IX. *v.* 12.

Romanus (eheu poſteri negabitis)
Emancipatus fœmina.
Fert vallum & arma miles.

Id eſt. δεδουλωμένος τῇ γυναικὶ. Tranquillus *in Othone c.* 4. *Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque.* Plinius *lib.* VII. *epiſt.* 18. *Agrum ex meis longe pluris exactori publico emancipavi.* Cic. II. *Philip. c.* 21. *Tum iſtum venditum atque emancipatum tribunatum conſiliis veſtris oppoſuit:* quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quandam venditionem) Duabus de cauſis venditionem hanc imaginariam fuiſſe ſcribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, ſed liberalis bonorum omnium tranſlatio, cum dicis tantum cauſa nummus unus appenderetur teſtatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tamquam in hæredem ea bona per mancipationem transferebantur, hæres non erat, ſed alius ab hærede. At oportebat diſtinguere tempora, nam quo tempore hæc teſtandi ratio primum introducta eſt, ipſe hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco teſtatur Theophilus, & intelligere licet ex §. *ſed neque.* 10. *inf. eod.* Progreſſu autem temporis, cum, ut credibile eſt, quod veterum ſimplicitas & probitas antea non conſideraverat, experimentis compertum eſſet, eam rem teſtatori periculoſam eſſe, atque inſuper etiam cauſam odii in teſtatorem, invidiæ in hæredem, legitimis ſucceſſoribus præbere; receptum eſt, ut palam quidem ſolemnitatis adimplendæ cauſa familiæ emptor adhiberetur, ſed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi ſeorſum in tabulis clauſis ſcripto, mortuo teſtatore, familiam remanciparet. Cujus rei cauſam cum Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus eſt, *De ſera Numinis vindicta*; de Romanis loquens, ſic ſcribit: ὅταν διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας. ὃ δοκεῖ παράλογον. Transferantur huc verba Ulpiani ex *tit.* 20. §. 8. *In teſtamento*, inquit, *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ mancipatio & nuncupatio teſtamenti. Nuncupatur teſtamentum in hunc modum; Tabulas teſtamenti teſtator tenens, ita dicit; Hæc uti his tabulis ceriſve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor: itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote*, quæ nuncupatio & teſtatio vocatur.

Priora duo genera in deſuetudinem abierunt) Recepto 4
uſu teſtamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in deſuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant teſtamenta in procinctu, ſicut ipſe teſtatur *lib.* II. *de nat. Deor. cap.* 3. ſed nec teſtamenta calatis comitiis arbitror diu poſtea manſiſſe: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *d. lib.* XV. *c.* 27. ſic ſcribit, *Iiſdem comitiis, quæ calata appellari diximus, & ſacrorum deteſtatio & teſtamenta fieri ſolebant*. Utitur Labeo verbo temporis præteriti: ut intelligamus, olim iſta fieri ſolita, ſuo autem tempore duo iſta genera calatorum comitiorum in uſu amplius non fuiſſe; & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco ſcribit, tria genera teſtamentorum fuiſſe, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis atque adeo Gellii teſtamenta calatis comitiis adhuc in uſu fuiſſe: nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguiſſe adhuc teſtamenta in procinctu: quod falſum eſſe conſtat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum eſt tempore mediæ juriſprudentiæ comitiis teſtari deſitum fuiſſe, teſtis Ulpian. *in fragm. d. tit.* 20. §. 1. VINN. Immo latis tabulis XII. deſiiſſe teſtamenta in comitiis calatis fieri, veroſimillimum eſt. Quis enim voluiſſet voluntatem ſuam ſubmittere populi ſuffragiis, quum libere ſuoque arbitrio teſtari poſſet? Et quis maluiſſet publice & palam hæredem nuncupare, quam jure uti legibus XII. tab. conceſſo? HEIN.

Quod vero per æs & libram, &c.) Priora illa duo teſtamentorum genera jam diu exoleverant, cum per æs & libram adhuc frequentaretur. Ulpianus d. loco ſcribit, ſuo tempore id ſolum in uſu fuiſſe, nimirum ex teſtamentis, quæ ad jus civile pertinebant, ſcilicet prioribus illis duobus abolitis: nam ſecundam formam a prætore introductam, & juris mixti eo tempore teſtamenta quoque fieri ſolita, multis auctoritatibus doceri poteſt, *l. ad teſtium.* 22. §. *ſi quis.* 4. *l. pen. hoc tit. cum ſimilib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit teſtamentorum obſignatorum. Ait *Partim & hoc in uſu eſſe deſiit*. An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor poſtea alius eſſe cœpit ab hærede? Sed hoc factum jam olim, & ſtante adhuc repub. Arbitror, Juſtinianum hoc ſignificare voluiſſe, cum in teſtamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res ante agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio teſtamenti, ſolemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exoleviſſe: ſolum alterum, nuncupationem ſcilicet teſtamenti, ſive ſolemnem voluntatis conteſtationem & quodammodo nume um teſtium uſque ad ſua tempora manſiſſe; ſicut apparet ex mixta teſtandi forma, qua poſteritas uti cœpit, §. 3. *inf. eod.* quo loco hoc innuit ipſe Juſtinianus: Illa mera ſomnia ſunt, quæ a quibuſdam afferuntur, ideo teſtamenta per æs & libram deſiiſſe fieri, quia emptio iſta bonorum teſtatoris viſa ſit eſſe contra bonos mores, & pactum de futura ſucceſſione, quod votum captandæ mortis inducat; neque enim vera emptio erat, aut hic ejus effectus, ut teſtamentum mutare non liceret; nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor: & Theo-

Theophilus, quem ajunt eandem hujus deſuetudinis rationem reddere, tantum indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem eſſe placuerit: quanquam & ipſe fallitur, dum id Juſtinianum hoc loco ſentire exiſtimat.

TEXTUS.

De antiqua teſtandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina teſtamentorum ad jus civile referebantur. Poſtea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum teſtamentorum introducta eſt. Jure etenim honorario nulla mancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant: cum jure civili ſigna teſtium non eſſent neceſſaria.*

COMMENTARIUS.

1. *Nimia curioſitatis eſſe, velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit minimum quinque teſtes adeſſe, confutatis plerorumque rationibus.*

AD *jus civile referebantur*) Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum ſit, ceteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ ſcilicet ex legibus, plebiſcitis, Senatusconſultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt, *l. 7. de juſt. & jur.* Sine ulla autem ratione eſt quod D. Hotomannus cum prætorio jure hic comparari exiſtimat id tantum jus, quod auctoritate prudentum, a quibus & formulæ aliæque ſolemnitates profectæ ſunt, introductum eſt: nam teſtamentorum uſus in comitiis & procinctu antiquior eſt ipſis XII. tabulis, quibus tamen poſterius eſt jus, quod a conſultis compoſitum eſt, & communi nomine appellatum civile, *l. 2. §. his legibus. 5. de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege XII. tabularum deſcendunt. Plane imaginariæ mancipationes inventum ſunt Juriſconſultorum; nec dubito, quin etiam teſtamentum per æs & libram ſolemnitate mancipationis rerum ſingularum inter vivos producta ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna) Teſtandi ratio jure prætorio introducta, ſimplicior eſt atque expeditior, quam illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem: quippe cum prætor nihil aliud deſideraret ad vim teſtamenti, quam ut id ſeptem teſtibus propoſitum atque ab iis obſignatum eſſet. Licet enim tale teſtamentum jure civili non ſubſiſteret propter defectum mancipationis: tamen prætor ſecundum illud bonorum poſſeſſionem ſcriptis in eo hæredibus dabat. Ulp. *tit. pen. §. 5.* Ait, *ſeptem teſtium ſigna.* In eo, quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures teſtes neceſſarii, quam quinque: qui numerus legitimus erat in omni mancipatione. Sed Prætor, ut ſolemnitatem juris civilis contempſerit, numerum tamen civium, quem adeſſe in teſtamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos teſtes in locum libripendis & emptoris familiæ ſurrogavit. Simile huic eſt, quod apud Cajum 1. *Inſtitut. tit. 6. §. 3.* legimus, *In emancipatione liberorum, cum antea quinque teſtes cum libripende & anteſtato intervenirent, poſtea pro libripende & anteſtato duos alios teſtes adhibitos, ut ſeptem teſtium numerus impleretur.* Nimiæ autem curioſitatis 1 eſt, indagare velle, cur placuerit, in omnibus mancipationibus minimum quinque teſtes præſentes eſſe. D. Giphanius & Bachovius ſuſpicantur, originem hujus quinarii numeri ductam a numero quinque claſſium, quas Servius Tullius inſtituit, atque ad ejuſmodi actus confirmandos ſingulos teſtes e ſingulis claſſibus initio accitos fuiſſe, ut quodammodo coram univerſo populo celebrari viderentur; proinde quaſi ſinguli teſtes ſuam claſſem, univerſi populum univerſum repræſentaſſent. Nec obſtare ait D. Bachovius, quod Dionyſ. Halicarnaſſenſis ſcribit, non quinque, ſed ſex claſſes a Servio rege inſtitutas: nam ſextam claſſem, quæ infimi cenſus erat, contemptam & nullo pene loco habitam fuiſſe. Mihi hæc conjectura doctiſſimorum virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam ſi per quinque iſtos teſtes populum repræſentari veteres intellexiſſent, numerum iſtum non auxiſſet in ſuo teſtamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero claſſium, ſed centuriarum cenſebatur, nec quod plures claſſes, ſed quod plures centuriæ juſſiſſent, id ratum habebatur: unde ſi vel primæ claſſis centuriæ, (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis ſuperabat,) conveniſſent, ſecundæ aut inferiorum claſſium non vocabantur. Quapropter ſi Bachovii rationem ſequamur, potuit vel unus teſtis ſufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi cenſus, primam claſſem, hoc eſt, nonaginta & octo centurias repræſentans. Vid. Dionyſ. Halicarn. *lib.* IV. Nec Feſto claſſici teſtes, quos dictos ait, qui teſtamentis ſignandis adhibebantur, ſunt teſtes ex ſingulis claſſibus collecti, ſed cives Romani; eo quod cives omnes in claſſe aliqua cenſebantur, & qui claſſem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Joſ. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per claſſicos teſtes Feſtum intellexiſſe homines primæ claſſis, aut primæ dignitatis: nam ſatis fuiſſe conſtat, ſi viri honeſti eſſent & integræ famæ: quanquam antiqui etiam ita locuti ſunt, ut claſſicos dicerent, non omnes, qui in claſſibus erant, ſed primæ tantum claſſis homines: unde per translationem auctores claſſici appellati, primæ notæ, aſſidui, non proletarii ſcriptores, vid. Gell. *lib.* VII. *c.* 13. & *lib.* XIX. *c.* 8. Sunt, qui ideo quinque teſtes adhibitos ſcribunt, quia totidem tribubus populus conſtabat, Timæ. Fab. *diſp. anniverſ.* 18. Hopper. *hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione verſantur: nuſquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus diviſum fuiſſe: quod quidem Faber etiam fatetur; ſed exiſtimat, a Romulo tres tribus factas, eaſque duplicatas a Tarquinio Priſco: itaque vice populi ſex teſtes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis aſſumeret. At enim ſi Livio credimus, nullæ tribus a Romulo factæ, quæ quidem univerſam multitudinem continerent: ſed tres modo equitum centuriæ, ex omni multitudine ſelectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maxime ſuis viribus deeſſe, poſtea auxit. Et eodem auctore primum factæ tribus quatuor a Servio Tullio partibus urbis diſtinctæ, quod & Dion.

Dion. Halicarn. *lib.* IV. confirmat: quo loco etiam refert, Fabium ſcriptum reliquiſſe, agrum præterea univerſum in viginti & ſex partes diviſum fuiſſe: quas tribus ruſticas ſi cum urbanis conjungas, fient tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memoriæ prodidiſſe, triginta & unam tribus ſub rege Servio fuiſſe. Libro autem ſeptimo apud eundem de judicio Coriolani ſic ſc[illegible]tum reperimus; *Cum una & viginti tum tribus Roma[illegible], quæ miſſa ſunt in ſuffragium, novem habuiſſe Ma[illegible]: a quibus abſolutus eſt.* Proinde longe majorem numerum teſtium adhiberi oportet, ſi per eos tribuum numerum repræſentari volumus, & poſt expletum triginta quinque tribuum numerum teſtes quinque & triginta. Vinn. Non ſane abſurdum eſt, quod de claſſibus ſuſpicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium transferendo, & hinc nihil videbatur æquius, quam ut Quiritium arbitrio res gereretur. Quirites tempore XII. tab. erant deſcripti in ſex claſſes. Sed ſexta claſſis ex proletariis & capite cenſis conſtabat. Quum vero *proletarii* teſtes nullius auctoritatis haberentur, iiſque opponerentur teſtes *claſſici*: probabile eſt, ideo ſufficere creditum eſſe teſtes quinque, tanquam, qui totidem Quiritium claſſes repræſentarent. Id addo, mancipationis ritum eſſe XII. tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tanquam jam noti & recepti. Putarim a Servio inventum, qui & diviſionis populi in claſſes auctor eſt. Eum enim leges de contractibus tuliſſe, docet Dionyſ. Hal. *lib.* V. *p.* 278. unde & præcipuus ſanctor legum dicitur Tacito *lib.* III. *Annal. cap.* 26. Hein.

Cum jure civili ſigna teſtium non eſſent neceſſaria) In teſtamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim tantum res neceſſariæ erant, familiæ mancipatio, & nuncupatio teſtamenti ſive voluntatis teſtibus exhibitæ ſolemnis conteſtatio, Ulp. *tit.* 20. §. 8. quod poſtremum tamen tunc demum receptum videri poteſt, poſtquam cœpit alius hæres ſeorſum in chartis vel tabulis ſcribi: alii familia palam mancipari: niſi forte ad legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus eſt, teſtatorem poſt mancipationem mox ordinaſſe, quid poſt mortem fieri vellet, & familiæ emptori ſive hæredi dicere ſolitum, *Huic volo dari fundum; illi domum, alii centum numiſmata.*

Textus.

De conjunctione juris Civilis & Prætorii.

3. *Sed cum paulatim, tam ex uſu hominum, quam ex conſtitutionum emendationibus cœpit in unam conſonantiam jus civile & prætorium jungi, conſtitutum eſt, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſubſcriptione teſtium, quod ex conſtitutionibus inventum eſt, & ex edicto Prætoris, ſignacula teſtamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripertitum eſſe videatur; & teſtes quidem, eorumque præſentia, uno contextu, teſtamenti celebrandi gratia, a jure civili deſcendant: ſubſcriptiones autem teſtatoris & teſtium ex ſacrarum conſtitutionum obſervatione adhibeantur: ſignacula autem & teſtium numerus ex edicto Prætoris.*

Notæ.

3. *Septem teſtibus adhibitis*) Specialiter rogatis, aut certioratis ſe ad teſtamentum adhiberi, *d. l.* 21. §. *pen.* ex *Nov. Leon.* 41. quinque ſufficiunt: quod jus in Oriente receptum fuit. Græci *ad l.* 5. *D. ſi tab. teſt.* Harm. *lib.* V. *tit.* I. §. 47. Baſil. 35. *tit.* I. & 3. & *lib.* 45. ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης πέντε μάρτυρας ἐδέξατο.

Quodammodo) Nam jus civile quinque tantum teſtes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris a prætore ſubſtituti. Vinn. Immo in vicem ponderatoris vel libripendis & anteſtati. Vid. Caj. *Inſt. Lib.* I. *tit.* 6. §. 3. Hein.

Subſcriptione teſtatoris, &c.) Ita conſtitutum a Theodoſ. *l.* 21. *C. eod.* additumque, ſi teſtator litteras ignoret, vel ſubſcribere nequeat, octavum ut ſubſcriptorem adhibeat. Adeo autem & ſubſcriptio & ſimul obſignatio neceſſaria, ut alterutro omiſſo teſtamentum vitietur, *l.* 22. §. 4. *D. eod.*

Commentarius.

1. *Recepto teſtamento mixto, quale hic deſcribitur, non ſtatim antiquata teſtamenta per æs & libram, neque vim teſtamenti prætorii enervatam.*
2. *Numerum ſeptem teſtium requiri ad ſolemnitatem ordinationis, non cum quod oſcurius dictum eſt, poſtea teſtator explanat.*
3. *Subſcriptiones teſtium jam tempore media juriſprudentia in uſu fuiſſe.*
4. *Lege Cornelia teſtamentaria edictum Prætoris de obſignandis tabulis confirmatum.*
5. *In teſtamento ſcripto non exigi, ut teſtis intelligat ſermonem teſtatoris.*
6. *Teſtes rogatos adeſſe oportere: nec non alia quadam ſcripto teſtamento cum nuncupativo communia.*
7. *Quid ſit, uno contextu actus teſtari: &, num contractus in teſtamento aut inter teſtandum celebrari queant.*
8. *An non obſtante ſolemnitatis alicujus omiſſione voluntas teſtatoris obliget in foro conſcientiæ.*

Tam ex uſu hominum, quam ex conſtitutionum emendatione*) Senſus eſt, cum duo eſſent ſimplicia teſtamentorum genera, unum civile, alterum prætorium, uſu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluiſſe, atque inde mixtum extitiſſe teſtamenti genus, ex utroque illo jure collectum, quod & conſtitutionibus poſtea probatum ſit; addito, ut teſtator & teſtes omnes ſubſcriberent: ut adeo forma conficiendi per ſcripturam teſtamenti; qua poſterior ætas uti cœpit, quamque Juſtinianus hic deſcribit, ex triplici jure conflata ſit; ex jure civili antiquo, ex no- 1

vo conſtitutionum principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non ſtatim antiquata fuit civilis ratio teſtandi per æs & libram. Ulpian. *tit. 20.* §. 8. neque prætorii teſtamenti vis aut uſus ſublatus: de quo ſub §. *non tamen 6. inf. quib. mod. teſt. inf.*

Uno eodemque tempore) Hæc ſubtilitas ex jure civili eſt, *l. qui teſtamento 20. §. & veteres 8. l. hæredes palam 21. §. ult. hoc tit. l. cum antiquitas 28. C. eod.* Eſt enim ex jure civili, quod actus ſolemnes & legitimi continui eſſe debent, & uno contextu abſolvi *l. continuus 137. de verb. obl. l. 12. de duob. reis.* Ait autem, *quod jus civile quodammodo exigebat; quodammodo*, id eſt, *fere.* Additum, quia ait, *ſeptem teſtibus adhibitis.* Nam jus civile quinque tantum teſtes exigebat, reliqui duo pro libripende & familiæ emptore a Prætore ſubſtituti: & ideo paulo poſt juri civili adſcribit duntaxat actus continuitatem & teſtium præſentiam,
2 numerum teſtium juri prætorio. Illud notandum eſt, numerum iſtum ſeptem teſtium requiri ad ſolemnitatem ordinationis teſtamenti, ſive cum de ſubſtantialibus, ut loquuntur, teſtamenti quæſtio eſt: non autem ubi quod obſcurius in teſtamento dictum ſcriptumve, poſt ſolemnia teſtator explanat: veluti ſi cum Titio centum legaſſet, & multos Titios amicos haberet, poſtea declaraverit, de quo ſenſerit, *d. l. hæredes palam 21. §. 1. hoc tit.* Leo quinque teſtes ſufficere voluit, *Nov. Leon. 41.* quod receptum in Oriente, *Græc. lib. 45. Baſil. tit. 1.*

Subſcriptione teſtium) Et teſtatoris, ut mox. Ita enim conſtitutum a Theodoſio *l. hac conſultiſſima 21. C. eod.* additumque, ſi teſtator litteras ignoret, vel ſubſcribere nequeat, octavum, ut ſubſcriptorem adhibeat. Ceterum ex conſtitutione Juſtiniani, ſi teſtator propria manu totum teſtamentum conſcripſerit, idque ſe feciſſe in tabulis ſpecialiter expreſſerit, nihil opus eſt vel ipſum vel alium ejus nomine ſubſcribere, *l. cum antiquitas 28. §. 1. C. eod.* Quo
3 tempore, aut a quo primum Principe teſtium ſubſcriptio introducta ſit, incertum eſt. Illud conſtat, jam apud antiquiores ita jus fuiſſe, atque adeo ætate Juriſconſultorum Pauli & Ulpiani, *l. ad teſtium 22. §. 4. l. pen. hoc tit.* quos Papinianum aſſeſſores habuiſſe, a Lampridio proditum eſt.

Ex edicto prætoris ſignacula) Obſignationem teſtium eſſe ex edicto Prætoris indicant, *l. ſi teſtamentum 23. eod. §. non tamen 6. inf. quib. mod. teſt. infirm.* Ulpian. *tit. 23.*
4 *§. ſi ſeptem.* Quamobrem quod M. Tullius III. *Verr.* meminit tabularum teſtamenti obſignatarum e lege, legem intelligens Corneliam teſtamentariam, recte D. Weſembecius ſic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto erat, lege ſua comprehendiſſe, non ut edictum tolleret, atque ex lege a ſe lata in poſterum ſigna adhiberi vellet, ſed potius ut auctoritatem edicti confirmaret. Obſignatio autem argumento certiſſimo eſt, ſcripturam jure prætorio neceſſariam fuiſſe, ut obſignationis illius ſubjectum; cum jure civili, quod nec ſubſcriptionem nec obſignationem deſiderabat, ſcriptura non omnino neceſſaria fuerit; quamvis credibile ſit, frequentius ob rei memoriam ſcripturam interveniſſe: quod & tutius eſſe cœpit, poſtquam hæres emptor familiæ eſſe deſiit. Adeo autem & ſubſcriptio & ſimul obſignatio neceſſaria eſt, ut deficiente alterutra teſtamentum injuſtum ſit, *l. ad teſtium 22. §. ſi quis 4. hoc tit.* teneaturque falſi crimine tabellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. jubemus 29. in fin. C. eod.*

Et teſtes quidem & eorum præſentia) Quod teſtium præſentiam requirit, non videtur eſſe proprium teſtium teſtamentariorum, ſed commune omnium, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non eſt au- 5
tem ſatis corpore teſtes præſentes eſſe, niſi & animo ſint, intelligantque voluntatem teſtatoris. Neque tamen ſermonis intelligentiam requirimus, ſed placet ſufficere, ſi vel ſenſu quis percipiat, cui rei adhibitus ſit. Enimvero durare teſtes debent, donec ſuprema conteſtatio peragatur; invitos tamen retinere non licet: & ſi retenti ſint, teſtamentum non ſubſiſtit. *l. qui teſtamento 20. §. antepen. & ſeqq. eod.* Adhæc 6
rogati adeſſe debent, aut ſaltem ſi alterius rei cauſa collecti ſint, ante teſtimonium certiorari, ſe ad teſtamentum adhiberi, *l. hæredes 21. §. pen. eod. l. 21. C. eod.* neque hæc ſolemnitas, cum ſit extrinſeca, præſumitur interveniſſe, etſi in teſtamento ſcriptum ſit, *præſentibus teſtibus infra ſcriptis*; ſed juxta communem ſententiam probari debet, niſi additum ſit, *& cetera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem. Viv. *comm. op. verb. teſtes tam in teſtamento.* Farinac. *lib. 11. de teſtib. tit. 6.* Vaſq. *lib. 11. de ſucc. creat. §. 13. req. 8. n. 53.* Graſſ. *§. teſtamentum qu. 58.* Mantic. *11. de conj. ult. vol. tit. 11.* Hoc amplius & in conſpectu teſtatoris, teſtimonii officio fungi neceſſe eſt, *l. 9. C. eod.* Quapropter non eſt ſatis, ut quidam tradiderunt, teſtes oculatos eſſe, ſi teſtatorem ipſi non videant, forte velo aut cortina interjecta conſpectum adimente, licet vocem ejus audiant: ſed neceſſe eſt, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio forte ſubornato, qui vocem teſtatoris imitando ſimulet; ut ille, de quo Cynus teſtatur in *d. l. 9.* qui obrepſerat mulieri ſimulando vocem mariti. Eſtque hæc receptior interpretum ſententia, teſte Sichardo in *d. l. 9. n. 2.* ubi tradit Gloſſam in *l. 2. § idem Labeo 3. de aq. pluv. arc.* contra ſentientem communiter reprobari, add. Clar. *§. teſtamentum q. 59.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 7. n. 5.* Graſſ. *d. §. teſtamentum q. 59. n. 4.*

Uno contextu) Μιᾷ ὑφῇ, ἀδιαλείπτως, uno eodemque 7
die ac tempore, *l. hac conſultiſſima 21. C. hoc tit.* nulloque actu ab inſtituto negotio alieno interveniente, *l. hæredes palam 21. §. ult. hoc tit. d. l. 21. C. eod.* niſi forte talis ſit actus, quem ratio morbi teſtatoris, vel neceſſitas naturæ efflagitet, etiam in teſtibus: quod pluribus explicat Juſtinianus *l. cum antiquitas 28. C. eod.* ut tamen ſi quid ſupervenerit, ob quod aliquis e teſtibus diutius abeſſe cogatur, alius teſtis ſubſtitui debeat, *d. l. 28.* Ceterum hæc non eo pertinent, ut teſtator teneatur eodem tempore & teſtes adhibere & teſtamentum ſcribere vel dictare ac finire: ſed ad nuncupationem teſtamenti ſive ipſam teſtationem & declarationem voluntatis, cum ſcilicet teſtamentum ſubſcribendum & obſignandum teſtibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore teſtamentum conſcribere, & ſcriptionem ſæpius interrumpere, alios vero teſtes ad ſolemnia adhibere poſſit, non ambigitur. *d. l. 21. C. hoc tit.* Cum igitur uno actus contextu teſtari oporteat, negotioque alieno aut ad teſtamen-

tum

tum non pertinente interpoſito actus ille interrumpatur, vitieturque teſtamentum: hinc facile colligere eſt, quid judicandum ſit de quæſtione, quæ vulgo moveri ſolet, an contractus celebrari inter teſtandum poſſint? Nam ſi contractus eſt actus extraneus & alienus a teſtamento, uti revera eſt; neceſſe eſt, actum teſtandi celebratione contractus interrumpi; veluti ſi teſtator, cum jam cœpiſſet ordinare teſtamentum & necdum abſolviſſet, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare inſtituat. Quod ſi ita quæſtio formetur, ut quæratur, an poſſit contractus fieri in ipſo teſtamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cum contractus, qua talis, non intelligatur, niſi celebratus ſit inter plures: at quæ teſtamento caventur, ab uno caventur teſtatore, atque ex unius illius voluntate ſtant & cadunt. Non obſtat igitur, quod teſtamento libertum aſſignare licet, *l.1. §. 3. de aſſign. libert. §. ult. inf. eod. tit.* ſiquidem aſſignatio liberti, licet proprie neque legatum ſit neque fideicommiſſum, *l.7. d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in ſolidum relinquitur. Sic pignoris, *l. non eſt mirum 26. de pign. act.* duorum reorum, *l.9. de duobus reis*, uſusfructus, *§.1. ſup. de uſufr.* ſervitutum, *§. ult. ſup. de ſerv. præd.* teſtamento conſtitutio, contractus non eſt. Neque enim cum hæc teſtator conſtituit, cum alio contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis ſapit: ſed ut cetera, quæ teſtamento caventur, legantur aut relinquuntur, revocari poſſunt.

8 Graviſſima hic moveri ſolet quæſtio, an, ſi legitimus numerus teſtium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ ſolemnitatis in teſtamento omiſſum, veluti ſi teſtes rogati non ſint, aut tantum ſubſignaverint ſive ſubſcripſerint, non etiam obſignaverint, tale teſtamentum ſaltem in foro conſcientiæ hæredem ab inteſtato, cui de voluntate teſtatoris conſtat, non obliget ad reſtituendam hæreditatem hæredi ſcripto, & ad legata præſtanda? Obligare negat Domin. Soto *lib. IV. de juſt. & jur. quæſt. 5.* Clar. *III. ſent. quæſt. 90.* Covar. *in c. cum eſſes x. de teſtam.* Ajunt Ludov. Molin. *de juſt. & jur. tract. 2. diſp. 81.* Mantic. *lib. II. de conj. ult. vol. tit. 14.* Vaſq. *de ſucceſſ. creat. §. 1. n. 23. & ſeq. & de ſucceſſ. progreſſ. §. 3. n. 3.* Diod. Tulden. *C. de teſtam. n. 8.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 34.* quibus aſſentior. Nam cum in foro conſcientiæ ſola veritas ſpectetur ſecundum ſimplicitatem juris naturalis, *c. 1. diſt. 1.* ſufficit ad conſcientiam devinciendam, ut ſubſit aliqua obligatio. Qualis autem ea ſit, civilis, ex qua etiam agi poſſit, an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax nihil intereſt. At in quæſtione propoſita, ſi hæredibus certo conſtet de voluntate defuncti, nullamque fraudem interveniſſe, ad quam avertendam ſolemnitas omnis juris civilis comparata eſt, non poteſt non ſubeſſe naturalis obligatio, *fac. l.2. C. de fideic. l. cum amplius 84. §. 1. de R. J. l. 5. §. ſi quis 15. de don. int. vir. & uxor. §. ult. inf. de fideicom. hær. l. ult. C. eod.* Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id ſæpiſſime ſcripſit, voluntatem defunctorum, etiamſi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure eſſe, *lib. II. epiſt. 16. lib. IV. epiſt. 10. lib. V. epiſt. 7.* eoque pertinet & illud Senecæ; *Anguſta innocentia eſt, ſecundum leges* (intellige *civiles*) *bonum eſſe*. Nimirum lex conſcientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, ſed una & apud omnes eadem eſt & ſemper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inſcripta. Hæc lex cum in corde loquatur, & dictet, voluntatem defuncti, quamvis irritam, ſi juris ſolemnitatem reſpicias, ſervari oportere, utique qui eam non ſervat, contra conſcientiam facit. Non obſtat quod lex civilis, quæ ſolemnitates introduxit, juſta eſt, & ad communem reipub. utilitatem condita, ne quid ſcilicet falſitatis in ordinandis teſtamentis committatur: nam in quæſtione noſtra præſupponimus, teſtamentum eſſe verum & ſincerum, deque eo hæredi conſtare; quod ſolum in foro conſcientiæ conſideratur: Et ex converſo igitur ſalva pietate retineri quoque poterit, ſaltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum eſt teſtamento propter deliquium ſolemnitatis alicujus jure civili invalido. Mant. *& alii ubi ſup.* Grot. *lib. III. de jur. bell. & pac. c. 7. n. 6.*

TEXTUS.

Solemnitas addita a Juſtiniano.

4. *Sed his omnibus a noſtra conſtitutione, propter teſtamentorum ſinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum eſt, ut per manus teſtatoris, vel teſtium, nomen hæredis exprimatur, & omnia ſecundum illius conſtitutionis tenorem procedant.*

NOTÆ.

4. *Nomen hæredis exprimatur*) *l. 29. C. eod.* quod tamen abrogatum *Nov. 119. c. 9.* ut jam ſumma ſolemnitatis iterum ad ea redeat, quæ comprehenſa §. *præced.* In quibuſdam paganorum teſtamentis etiam de illa ipſa ſolemnitate aliquid remiſſum, *l. 8. l. 21. § pen. l. ult. C. eod.* & tota fere in teſtamentis parentum inter liberos, *d. l. 21. §. 1. & auth. quod ſine C. eod. Nov. 107.*

COMMENTARIUS.

1. *Quod hoc §. conſtituitur, pugnare cum principali fine teſtamenti ſcripti: tollere etiam id, quod hoc teſtamentum maxime differt a nuncupativo.*
2. *Quibus in teſtamentis paganorum, & quatenus, ſolemnitates remiſſa.*
3. *Jure Canonum ut ratum ſit teſtamentum ſatis eſſe duos teſtes cum Parocho adhiberi: quod mores hodierni fere ſequantur.*

A *Noſtra conſtitutione*) Extat in *l. jubemus 29. C. hoc tit.* Jubet autem Juſtinianus, ut præter ceteras ſolemnitates, quas ſupra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut teſtator nomen hæredis vel in ſua ſubſcriptione aliave parte teſtamenti exprimat, vel coram teſtibus nuncupet, ſi literarum imperitus ſit, aut propter morbi acerbitatem ſcribere nequeat. Quæ Juſtiniani conſtitu- 1
tio prope eſt, ut pugnet cum principali fine, ob quem teſtamenta per ſcripturam fieri initio utile viſum fuit; ſcilicet ut teſtator ſecuritatis ſuæ cau-

ſa

ſi nomen hæredis celare poſſet, & tabulas chartaſve, in quibus ſcriptus eſſet, clauſas vel involutas teſtibus ſignandas & ſubſcribendas proponere: unde huic teſtamento nomen myſtici. Tollitque adeo id, quo ſcriptum teſtamentum maxime differt a nuncupativo, cujus proprium eſt, ut præſentibus teſtibus nomen hæredis nuncupetur, *§. ult. inf. eod. l. hæredes* 21. *pr. eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, quod *& hic & in d. l. jubemus.* de ſuo Juſtinianus adhibuit, iterum dempſit ac remiſit, *Nov.* 119. *cap.* 9. ut jam ſumma ſolemnitatis in teſtamento ſcripto requiſitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehenſa ſunt *§. præc.* & apertius paulo conſtitu-
2 tione Theodoſii, *l. hac conſultiſſima* 21. *C. eod.* Ex hac tamen ſolemnitate aliquid remiſſum eſt in quinque teſtamentorum generibus. 1. In teſtamento parentum inter liberos: ſiquidem hujuſmodi voluntatem etiam ex teſtamento imperfecto valere placuit, *d. l.* 21. §. 1. *C. hoc tit.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata eſt, dum de ea conſtet, ut de ceteris rebus, id eſt, ſaltem duobus teſtibus; ſcripto autem declarata, ſi & tempus teſtamenti facti, & nomina liberorum & uncias & res, quas inter liberos diſtributas velit, expreſſerit; idque clare & plenis literis, non notis aut ſignis: debetque parens aut ipſe hæc ſcribere, aut ſaltem manu ſua ſubſcribere. *Nov.* 107. *unde auth. quod ſine C. eod. & ib. DD.* Clar. *§. teſtamentum quæſt.* 8. Mynſ. V. *obſ.* 28. Gail. II. *obſ.* 112. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 7. *&* 8. Grot. III. *manuduct.* 16. Dekher. *diſſert.* 2. *lib.* II. D. Jac. Coren. *rer. jud. obſ.* 39. pleniſſime Gudelin. *lib.* II. *de jur. noviſſ. cap.* 5. add. *noſtra lib.* II. *ſel. quæſt. cap.* 17. *& ſeq.* 2. In teſtamentis ruſticanorum, quibus permiſſum quinque teſtes adhibere, ſi plures non reperiantur: remiſſæ item ſubſcriptiones, ſi literati deſint, *l. ult. C. eod.* 3. In teſtamento quoque tempore peſtis facto de ſolemni numero teſtium quid remittendum cenſent Interpretes, vid. Mynſ. I. *obſ.* 96. Gail. II. *obſ.* 118. Peck III. *de teſtam. conjug.* 18. Præſ. Everhard. *Conſ.* 61. quod quidem rationem habet, utique ſi peſtis ſit vehemens, & teſtator ipſe eo morbo laboret. Clar. *§. teſtament. quæſt.* 56. *num.* 3. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 8. *num.* 5. At jure noſtro hoc tantum remiſſum hoc caſu videtur, ut non neceſſe ſit teſtes ſeptem ſimul jungi, junctoſque eodem tempore ſubſcribere & ſignare: *l.* 8. *C. hoc tit.* quanquam contrarium paſſim uſu receptum, teſte Sande *lib.* IV. *tit.* I. *def.* 4. *& ibi cit.* De moribus noſtris ambigit Grot. II. *introd. cap.* 17. ſed vide Groenew. *de leg. abrog. ad d. l.* 8. In omni teſtamento ad pias cauſas quævis voluntas ſuprema, vel coram duobus teſtibus teſtata, Canonibus rata habetur. *cap. relatum* 11. *x. hoc tit.* Poſtremo in teſtamento poſteriore, in quo ſcripti ſunt hæredes, qui ab inteſtato ad hæreditatem vocantur, placuit ſufficere quinque teſtium juratorum depoſitiones: ac infirmato priori teſtamento poſteriorem hanc valere voluntatem, non tanquam teſtamentum, ſed tanquam voluntatem ultimam inteſtati, *d. l.* 21. *§. pen. & ib. DD.*
3 *C. hoc tit.* In univerſum autem Jure Canonico, ut ratum ſit quodlibet teſtamentum, ſufficit duos teſtes cum Parocho adhibuiſſe, *cap. cum eſſes* 10. *x. eod.* Neque enim poteſt hic canon reſtringi ad teſtamenta ad pias cauſas, quod quidam faciunt propter *d. cap. relatum eod.* Nam in *d. cap. cum eſſes*. Alexander tertius id in omni teſtamento generaliter conſtituit, nominatim improbata conſtitutione juris civilis de ſeptem teſtibus adhibendis, ut nimis longe recedente ab eo, quod ſcriptum eſt; *In ore duorum vel trium teſtium ſtet omne verbum*. Et licet nonnulli exiſtiment, cauſam nullam fuiſſe, cur Pontifex id, quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili conſtitutum fuit, mutaret: tamen conſtitutionem Pontificiam uſus fere probavit: qui & alias ægre patitur nimis ſe longe abduci a ſimplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis, quibus teſtamenta ſignantur.

5. *Poſſunt autem omnes teſtes & uno annulo ſignare teſtamentum. Quid enim, ſi ſeptem annuli una ſculptura fuerint, ſecundum quod Papiniano viſum eſt? Sed & alieno quoque annullo licet ſignare teſtamentum.*

COMMENTARIUS.

1. *Etſi tutius eſt alieno annulo ſignantem in ſubſcriptione id profiteri, tamen & eo omiſſo teſtamentum ſubſiſtere.*
2. *Quod hic de uſu annuli alieni traditur, non pertinere ad perſonas publicas, quæ ex officio ſigilla inſtrumentis apponunt.*
3. *Utrum annulo duntaxat teſtamenta ſignare liceat an & alio inſtrumento characterem habente?*

CUm teſtes omnes teſtamentum ſolemne, quod per ſcripturam ordinatur, ſignare oporteat, quæſitum eſt, an neceſſe ſit, ſingulos teſtes ſingulis annullis & unumquemque proprio ſignare; an vero, & uno poſſint omnes, & eo quoque alieno. Et placuit, poſſe omnes ſignare & uno annulo, qui ſcilicet unius ex teſtibus ſit, & item alieno, qui nullius ſit eorum, ſed vel teſtatoris vel alterius cujuſcunque, *l. ad teſtium* 22. *§.* 2. *eod. l.* 12. *C. eod.*
Quod quanquam interpretes vulgo ex Durandi ſen- 2
tentia ſic temperant, ut exiſtiment, debere eum, qui non ſuo, ſed alieno annulo ſignat, id in ſubſcriptione profiteri, ne in crimen falſi incidat: tamen ego Joan. Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique ſequuntur, aſſentior, confitentibus quidem, tutius eſſe, ſi mentio ejus rei in ſubſcriptione fiat: ceterum & eo omiſſo teſtamentum nihilominus ſubſiſtere putant, propter ſimplicem & generalem definitionem juris civilis hoc loco, & ſupra *dd. ll.* traditam. Pœnam vero non mereri, quod ſit lege permittente, *l. Gracchus* 4. *C. de adulter.* Sed & jus prætorium, quod præter ſigna teſtium nihil requirit, hac in parte non diſcrepare a jure civili. Igitur etſi facilius agnoſcitur ſignum impreſſum annulo alieno, cum id in ſubſcriptione annotatum eſt, cum tamen & ſine eo recognoſci poſſit, & vel ex eo etiam facile, quod quiſque teſtis ex conſtitutionibus ſubſcribere debet, quis & cujus teſtamentum ſignaverit, *l. pen. hoc tit.* non putaverim, vitiari teſtamentum ſignatum annulo alieno ob id, quod ſignator non adjecerit, annulo alieno ſe

ſe ſignaſſe. Unde tamen minime efficitur, quod docuit Bart. in *l.2.teſtam.quem.aper.* mortuo uno ex teſtibus ante apertas tabulas teſtamentum concidere: nam cum inſpectio ſigillorum non pertineat ad formalem aliquam teſtamenti ſolemnitatem, ſed ad probationem duntaxat voluntatis, cur, ſi ea aliunde probari queat, non ſuſtineatur defuncti judicium? Et quid ſi unus e teſtibus, mutus, ſurdus, cæcus, aut furioſus factus fuerit? vid. D.Vigl. *ad §.ſed cum 7. hoc tit.* ubi mul-
2 tas contra Bart. allegat auctoritates. Plane quod hic de uſu annuli alieni in ſignando traditur, trahendum non eſt ad perſonas publicas, quæ ſigilla ex officio inſtrumentis appendunt, & verbi cauſa Notarios. Nam ab his præciſe requiritur, ut ſigilla ſua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ cauſa, atque ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognoſci poſſint. *Nov.73.c.6.* Teſtium autem in teſtamento non ſigilla, ſed obſignationem lex requirit, ut cum opus eſt, ſignum recognoſcentes, ſe id appoſuiſſe teſtificentur. Nam ita inſtitutum fuit, ut cum ad aperiendas tabulas teſtamenti ventum eſſet, priuſquam reſignarentur, prætor ſignatores convenire cogeret, & ſigilla ſua recognoſcere, *l.4.l.7.teſtam.quem.aper.*

Quid enim ſi ſeptem annuli una ſculptura fuerint) Quaſi dicat, nemini mirum videri debere, quod teſtibus permiſſum ſit ſignare uno eodemque annulo. Fieri enim poſſe, ut ſeptem annuli, quantumvis ſinguli ſingulorum ſint, eandem habeant figuram, *ἵνα καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα.* Neque tamen ob id minus teſtamentum conſiſtere. Poteſt vero id etiam hodie contingere, veluti ſi plures ex eadem familia ad ſignandum adhibeantur, cum nunc agnatorum omnium eadem ſint inſignia, nec amplius nomen in circumferentia annuli ſignatorii poni ſoleat.

Sed & alieno annulo) Qui ſcilicet nullius e teſtibus ſit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio fit, non ſatis recte colligitur, alio inſtrumento ſignatorio teſtamenta ſignari non potuiſſe: dici enim poteſt, idcirco id fieri, quia frequentius annulis veteres ſigna-
3 bant. Et tamen de eo dubitatum fuiſſe, obtinuiſſeque, ut tantum annulo ſignare liceret, conſtat ex *l. ad teſtium 22. §.ſignum 5. hoc tit.* quod ad ſcrupuloſam teſtandi ſubtilitatem Cujac. *lib.*XIV. *obſ.*11. refert: alii etiam ad facilitatem probationis, *quia notior ſit character* annuli, qui in digitis geſtari ſolet; ſed iſta ratio nullius pretii, nam & alieno annulo ſignare licet. Et quid, ſi idem ſit character inſtrumenti & annuli; tunc enim nullo modo dignoſci poterit, utrum annulo, an alio inſtrumento, ſignatum ſit? Et puto, Juriſconſultum in *d.l.*22. §.5. annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quam ſculpturam, nec excludere voluiſſe inſtrumentum, quod eandem ſculpturam cum annulo habeat, ſed aliud ſignum impreſſum, diverſum a charactere annuli: cujuſmodi forte inſtrumentis veteres uſi ad alia, quam literas aut tabulas, obſignanda. Id quod etiam verba Juriſconſulti indicant, *varie enim*, inquit, *homines ſignant*. Quod omnino accipiendum eſt de varietate characteris, non de materia aut forma inſtrumenti ſignatorii geometrica. Etenim qui in ſignando eodem ſemper charactere utitur, licet diverſis inſtrumentis, quibus inſculptus eſt, non varie ſignat, ſed uniformiter. Et quæſo, ſi idem character eſt; quid intereſt, utrum inſtrumentum rotundum, an triangulum aut quadratum ſit? aut quomodo id dignoſci poterit? ac proinde etiam abſurdum non eſt, ſi annulo ſignaſſe dicatur qui ſignavit inſtrumento, quod characterem annuli inſculptum habet. Quamobrem prope eſt, ut aſſentiar Baroni, Hotom. Weſemb. ad *hunc* §. & Donello VI. *comm.* 8. Qui locum Ulpiani in *dict.l.*22. §.5. legendum putant interpoſita negatione, *& magis eſt, ut non tantum annulo*. Quod & temperamentum ſubjectum, *dum tamen habeat* *χαρακτῆρα*, quodammodo poſtulat. Et ita quoque Bartolus legiſſe videtur argum. ſummarii *d.*§.5. & Joan. de Platea, qui iſtum §. citat ad probandum, quod ſcribit, non annulo tantum, ſed alio quoque inſtrumento ſignatorio poſſe ſignari. Mich. Attaliat. *Synopſ.tit.* 31. *ἐν δακτυλίῳ ἤτοι βουλλωτηρίῳ*. Atque ita & doctiſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. cap.*10. *pagin.* 456. Alii malunt, retenta lectione cum D. Connano IX. *comm.*2. Ulpianum intelligere de teſtibus, qui plura ſigna habent, unum in annulo, alterum & diverſum in re alia impreſſum: ut hi potius annulo ſignare debeant, quam alio ullo inſtrumento; quia id ſignum, quod in annulo eſt, magis cujuſque proprium eſſe putatur, magiſque notum & certum eſt. Hodie hæc quæſtio ſupervacua eſt, cum teſtes ſubſcripſiſſe ſufficiat, ſigna eorum non requirantur, ſed ſolius ſigillum Notarii. Jac. Verwey *art. teſtand. c.* 9. De more & modo ſignandi apud veteres uſitato adi D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.*11. VINN. Cave aliquid mutandum, vel particulam ſalutarem non intrudendam exiſtimes in *l.* 22. §. 5. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Nec enim codices addicunt, nec verba: *dum tamen habeat* Χαρακτῆρα, id flagitant: dantur enim & annuli, qui non habent Χαρακτῆρα. Quod autem annulos abſciſſe exigerent veteres, ejus rei rationem eadem lex videtur reddere. *Varie enim homines ſignant*, inquit Ulpianus. Alio typo utebantur domi in ſignandis cellis pecuniariis, lagenis, cujus uſus etiam patebat matribusfamilias; alio utebatur paterfamilias in obſignandis litteris & inſtrumentis, eumque fere annulo inſculptum circumferebat. Loca veterum non adſcribo. Adi Lipſ. ad Tacit. *Ann.* 11. 2. & adde Suet. *Aug. cap.* 50. Non itaque annulus in *l.* 22. opponi videtur typario alterius formæ, ſed alterius uſus, veluti, quo domi ad ſignandas cellas utebantur. HEIN.

TEXXTUS.

Qui teſtes eſſe poſſunt.

6. *Teſtes autem adhiberi poſſunt ii, cum quibus teſtamenti factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſervus, neque furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neque is, cui bonis interdictum eſt, neque ii, quos leges jubent improbos inteſtabileſque eſſe, poſſunt in numerum teſtium adhiberi.*

[illegible]

Notæ.

6. *Neque mulier*) Hoc ex eo, quod in omni mancipatione teſtes tantum maſculi admiſſi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares ſignificantur, Add. Schol. Harm. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52.

Neque impubes) Livius apud Priſcian. *lib.* 8. *Impubes libripens eſſe non poteſt, neque anteſtari*, id eſt, *neque teſtis fieri*, paſſive. Active autem *antteſtari*, eſt teſtem facere, μαρτυρεσϑαι. v. Salmaſ. *ad jus Attic. pag.* 811.

Neque prodigus) Is cui bonis interdictum eſt, *l.* 11. *pr. D. eod.* Bene Græci: ὁ κωλυομενος διατιϑεσϑαι ουτε μαρτυρει εν διαϑηκῃ. 35. Baſil. *tit.* 1.

Commentarius.

1. *Communem teſtium habilitatis notam eſſe, ſi ſit cum iis teſtamenti factio: & quid hæc ſit?*
2. *Cur a teſtimoniis teſtamentariis arceantur mulieres?*
3. *Cur non admittatur ſurdus, cum adhiberi poſſit, qui ſermonem teſtatoris non intelligat?*
4. *Utrum cæcus adhiberi poſſit?*
5. *Qui dicantur inteſtabiles: & an hi quoque teſtamenti factionem paſſivam habeant?*

Non ſatis eſt, ſeptem teſtes ad teſtamentum adhibitos eſſe, etiam conditionem cujuſque inſpici & non niſi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides teſtationis non tam firmetur numero teſtium, quam auctoritate, per *l.* 3. §. 2. & 3. *de teſtib.* Eſtque fere tota hæc tractatio de habilitate teſtium nuncupativo teſtamento cum ſcripto & myſtico communis.

1 *Cum quibus teſtamenti factio eſt*) Hæc communis nota eſt teſtium habilitatis, ſi ſit cum iis teſtamenti factio, id eſt, ſi hæredes inſtitui aut ex alieno teſtamento vel ſibi vel alii acquirere poſſunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi teſtamenti, non recte dixeris eſſe tibi cum eo teſtamenti factionem, ut bene recentiores notant. Et proprie item loquitur Imperator, cum dicit, *cum quibus teſtamenti factio eſt*, non qui teſtamenti factionem habent: ſiquidem teſtamenti factio activæ ſignificationis eſt, ut proprie dicatur teſtamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet. *l.* 3 *l.* 4. *l.* 8. *in fin. l. is cui lege* 18. *l. ſi filiusfam.* 19. *hoc tit. l.* 1. §. *exigit* 8. *de bon. poſſ. ſec. tab. l.* 3. *C. de apoſtat.* Atqui ipſi teſtamentum facere non poſſunt, ſed tantum ex teſtamento capere, cum iis rectius dicitur eſſe vel haberi teſtamenti factio, ut in §. 2. *inf. de hær. inſt.* §. *legari* 25. *inf. de legat. l. non minus* 31. *l. ſi alienum* 49. §. 1. *de hær. inſt. l.* 7. *pro legat.* quam eos habere teſtamenti factionem. Quanquam hæc verborum proprietas perpetuo non obſervatur, ut videre eſt in *l. filiusfam.* 16. *hoc tit. l. ult. pro hæred.* §. *in extraneis* 4. *inf. de hered. qual.* quibus in locis teſtamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantum capere ex teſtamento poſſunt. Unde factum, ut docendi gratia interpretes teſtamenti factionem diſtinxerint in activam & paſſivam. Vinn. Sed ſi exempla convenire debent regulæ: dicendum eſt, cum [illegible] fuiſſe teſtamenti factionem, qui olim in comitiis adeſſe, & ſuffragium ferre de aliorum teſtamentis poterant, Cum iis enim

Vinnius in Inſtitut.

etiam poſtea erat teſtamenti factio per æs & libram, non cum aliis. Ex hoc fundamento facile reddes rationem cur teſtes eſſe non potuerint mulieres, impuberes, ſervi, furioſi, quum tamen hæredes inſtitui poſſint. Hein.

Sed neque mulier neque impubes &c.) Enumeratio perſonarum, quæ varias ob cauſas in teſtamento teſtes eſſe prohibentur, & quidem ſimpliciter in teſtamento cujuſvis. Cur mulier hic teſtis non admittatur, cum 2
alias jus dicendi teſtimonii habeat, *l. qui teſtamento* 20. §. *mulier* 6. *hoc tit. l. ex eo* 18. *de teſtib.* non una ratio reddi poteſt. 1. Quia cum certum numerum teſtium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere teſtes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat poſtea inquirere: talis autem non eſt mulier. 2. Quia ſexus muliebris non ſatis ſagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in ſubornandis teſtamentis ſtrui ſolent. 3. Quia hic numerus teſtium non tantum requiritur, ad probationem actus; ſed etiam ad conſtitutionem: leges autem veteres, teſte Scholiaſte ad Harmenopulum *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52. εν ταις συςατικαις μαρτυριαις μη μαρτυρειν τας γυναικας αποφαινονται. Συςατικας μαρτυριας, hoc eſt, *teſtimonia conſtitutiva*, quæ faciunt, ut negotium conſiſtat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit αποδεικτικαις, id eſt, *demonſtrativis*, ſive quæ adhibentur duntaxat probationis cauſa. 4. Quia teſtatio ſupremæ voluntatis non eſt actus repentinus aut fortuitus, ut nihil neceſſe ſit, ubi viri honeſti haberi poſſunt, accire fœminas, per *Nov. de teſtib.* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor, ut credam, ne in codicillis quidem mulierem teſtem eſſe potuiſſe, contra quam ſentiunt Vigl. & comm. DD. Mitto quod ſolemnis illa teſtandi ratio per familiæ mancipationem; unde qualitas teſtium, maſculos tantum teſtes admiſiſſe videtur, uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: quod Romani turpe & verecundiæ ſexus minime conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujuſmodi negotiis intereſſe. Et hoc etiam moribus noſtris conſentaneum videtur. Groenew. *de ll. abrog. hic* & §. *ult. inf. de codicill.* Cyprian. *cenſ. Belg.* Impubes teſtis non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob cauſam nec aliis in negotiis teſtimonium ejus recipitur, *l.* 3. §. *lege* 5. *l. inviti* 19. §. 1. *de teſtibus*. In cauſa autem teſtamenti hoc ſpeciale eſſe exiſtimatur, quod nec pubes factus teſtimonium pro teſtamento dicere poſſit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis cauſis teſtimonii dictionem habeat poſt pubertatem de his, quæ impubes vidit; utique ſi teſtetur de iis, quæ veriſimiliter ab impuberibus capi poſſunt, & quæ vidit, cum jam eſſet pubertati proximus, Joan. Fab. Vigl. *hic.* Oldend. *part.* IV. *de teſtib. num.* 12. ex ſententia communi. Servum excludit conditio perſonæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. l. qui teſtamento* 20. §. *ſervus* 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. ſunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* & nominatim lex deſiderat cives Romanos. Furioſus nihil intelligit; ceterum ſi remiſſionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *d. l. qui teſtamento* 20. §. *ne furioſus* 4. Mutus pro teſtimo- 3
nio, quid actum ſit, eloqui non poteſt. Surdus quid

dicatur ſenſu non percipit: imo nec moneri poteſt, quid teſtator acturus ſit; plurimumque qui ſurdus, idem & mutus. Teſtes autem in dicendo teſtimonio interrogandi, per *l.* 1. *teſtamenta quem.aper.* nec teſtimoniis, ſed teſtibus credendum, *l.* 3. §. 2. *de teſtib.* Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam ſurdus, admittatur qui ſermonem teſtatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri poteſt, cui rei adhibeatur, & ipſe teſtimonium dicere: ſingula enim percipere nihil neceſſe eſt, *dict.l.qui teſtamento* 20.§.*pen.* utique cum teſtamentum per ſcripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribuſque & ſermoni teſtium permittitur. De cæco nihil traditum.
4 Sed non poſſe eum adhiberi, recte cenſent Weſemb. & Bachov. quoniam teſtatorem videre non poteſt, quod in omni teſtamento requiritur, *l.* 9. *C. eod.* nec ſignum recognoſcere, quod in ſcripto, *l.* 4. & 7. *teſtam.quem.aper.fac.l.* 1. §. 5. *verſ. caſum de poſtul.* Prodigis notam inurit adminiſtrationis bonorum interdictio, fidemque teſtimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furioſis, & eadem conditione, qua furioſi, habentur, *l.*1.*de curat. fur.l.*12.*in fin.de tut.dat. l.furioſi* 40.*de reg.jur.* Congruit *l.is cui lege* 18.*in pr.hoc tit.*
5 *Improbos inteſtabileſque*) Inteſtabilis dicitur, cui nec teſtamentum condere licet, nec teſtimonium alteri dicere; & cui viciſſim nemo teſtimonium dicere tenetur, uti quiſque tenetur civi honeſto, ſi denuntiatum ſit, *l. is cui* 18.§.1. *l.cum lege* 26.*hoc tit.* Ex Senatuſconſulto inteſtabilis, qui ob carmen famoſum damnatus eſt, *d.l.*18.§.1. *l.* 5. §.*ſi quis* 9.*de injur.* Ex conſtitutionibus, apoſtatæ & hæretici, *l.* 3. *C.de apoſtat. l.* 4. *C. de hæret.& Manich. l.hæreticus* 44. *C.Theod.de his qui ſup.reb.* Ex duodecim tabulis, anteſtatus & libripens, ſi poſtea teſtimonium perhibere detrectaſſent. Verba legis refert Gellius *lib.* xv. *cap.* 13. *Quoi ſe ſierit anteſtarier, libripenſve fuerit, nei teſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſto.* Ita locum iſtum obſcurum, & depravatum antea, reſtituit Marcilius *cap.* 5.*leg. duod. tab.* quod male proceſſerat Cujacio. De eo quæſitum, an is, qui inteſtabilis dicitur, nec hæres inſtitui potuerit, aut alias ex teſtamento alieno capere: nam ceteros omnes, quos hic commemorat Juſtinianus, conſtat, teſtamenti factionem paſſivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, teſtimonii dictio, teſtamenti factio, ſucceſſio tam ex teſtamento, quam ab inteſtato, *d. l.* 3. *C. de apoſtat.* De aliis expreſſe cautum non eſt, ne hæredes inſtituantur. Ex eo tamen quod Cajus ſcribit, cum lege quis inteſtabilis eſſe jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipſi dicatur teſtimonium, *d.l. cum lege* 26.*hoc tit.* ſequi omnino videtur, ut nec hæres inſtitui poſſit: neque enim arbitror defendi poſſe, teſtatori duntaxat, non etiam hæredi, de cujus ſolius commodo agitur, teſtimonium perhiberi. Facit huc *l.imperialis* 23.§.3. *C.de nupt.* qua permittitur mulieribus ſcenicis poſt impetrationem Principalis reſcripti & condere teſtamentum & aliis ſuccedere. Inde enim duo colligimus, & ſcenicas fœminas inteſtabiles habitas fuiſſe, & qui inteſtabiles eſſent, hæredes non potuiſſe inſtitui. Itaque non ſatis accurati ſunt compilatores, qui inteſtabiles cum ſuperioribus, quos omnes hæredes inſtitui poſſe conſtat, una exceptione a regula eximunt, quaſi & ipſi alioqui ad regulam pertinere videantur.

Textus.

De ſervo qui liber exiſtimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex teſtibus teſtamenti quidem faciendi tempore liber exiſtimabatur, poſtea autem ſervus apparuit, tam divus Adrianus Catoni, quam poſtea divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſubvenire ſe ex ſua liberalitate teſtamento, ut ſic habeatur firmum, ac ſi, ut oportebat, factum eſſet: quum eo tempore, quo teſtamentum ſignaretur, omnium conſenſu hic teſtis liberi loco fuerit, nec quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moveret.*

Notæ.

7. *Teſtamenti faciendi tempore*) Hoc tempore inſpicitur teſtium conditio, non tempore mortis teſtatoris, *l.*22.§.*eod.* idque ex Principum liberalitate obtinuit etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

Omnium conſenſu) Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita ſe gerebat, ita agebat, ſic muneribus fungebatur, ut publice liber a pleriſque haberetur, arg. *l.*3.*pr.de ſen. Mac.* facit *l.*1. *C.h.t.*

Commentarius.

1. *Conditionem teſtium tempore teſtamenti facti ſpectari: non nocere, ſi quid eis poſtea contigerit.*
2. *Idem obſervari in habilitate putativa.*
3. *Confutatur eorum error, qui putant teſtamentum corruere, ſi quis e teſtibus ante apertas tabulas moriatur aut inhabilis fiat.*
4. *Quid verba hæc, omnium conſenſu, hic ſignificent?*

Non tantum numerus teſtium, ſed eorum etiam qualitas & requiſita conditio eſt de forma teſtamenti ſubſtantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat: adeo ut ſi vel in uno e teſtibus hujuſmodi qualitas deficiat, teſtamentum per ſe nullum ſit. Enimvero conditionem teſtium 1 inſpici placuit, cum teſtamentum ſignarent, non tempore mortis: nam ſi tempore teſtamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi poſſint, nihil nocet, ſi quid poſtea eis contigerit, puta ſi quis poſtea ſervus factus ſit aut inteſtabilis, furere cœperit aut prodigus eſſe. *l.ad teſtium.*22.§.1. & *ib.* Cujac. *hoc tit.* Quid ergo ſi quis adhibitus ſit, qui quidem adhiberi prohibetur, ſed qui communi opinione pro tali teſtamenti tempore habebatur, qui adhiberi poteſt, puta ſi ſervus adhibitus ſit, qui omnium opinione liber exiſtimabatur, & cui nemo eo tempore ſtatus controverſiam movebat? Teſtamentum nihilominus ſponte ſua vitioſum & injuſtum eſt, nec communis error formam juris publici mu-

mutare poteſt. Ceterum quod per ſe momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate ſuſtinere voluerunt, atque ut Juſtinianus hic loquitur, ex liberalitate ſua hujuſmodi teſtamentis ſubvenerunt, ut perinde firma ſint, ac ſi omnibus ſuis numeris ac partibus conſtarent. Ridiculum vero eſt, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere: non enim error, ſed in errore ſumma Principum auctoritas, jus hoc benigne & ſpeciali favore ultimæ voluntatis conſtituit.

Tam divus Adrianus Catoni(*quidam Codices habent* Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quam divi Severus & Antoninus*) Reſcriptum Severi & Antonini non extat, Adriani eſt in *l.1.C.hoc tit.* unde tamen non ſatis expeditum, quid juris eſſe debeat, ſi quis conſignationis quidem tempore pro libero habitus ſit, poſtea autem ante apertas tabulas in ſervitutem revocatus ſtatus controverſiam paſſus fuerit. Nam Adrianus ſua conſtitutione hoc tantum ſignificat, ſi quis teſtis pro libero habitus ſit tempore teſtamenti, cui uſque ad tempus aperiendarum tabularum nemo ſtatus controverſiam moverit, teſtamento non obeſſe debere, quod nunc hæc quæſtio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem eſſe, ſi jam eo tempore ſervum eſſe appareat. Sed dicendum eſt, aut verba Adriani non ita accepta eſſe, quaſi caſus iſte ſemper in hiſce quæſtionibus requiratur, ſed expreſſa, quia id in ea controverſia forte acciderat, de qua conſultus erat; aut conſtitutione Severi & Antonini rem plenius poſtea definitam. Sane Juriſconſultus ſimpliciter ait, teſtium habilitatem tempore teſtamenti facti ſpectandam; quod poſtea accidit, non nocere, *dict.l.ad te-*
2 *ſtium 21. §. 1. hoc tit.* Hoc autem non tantum pertinet ad habilitatem veram, ſed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque ut nihil præter hunc locum haberemus, is ſolus apertiſſime oſtendit, ſatis eſſe liberum quem exiſtimari tempore faciendi teſtamenti: nec ex eo, quod poſtea eſſe apparuit, teſtamentum vitiari. At dicat aliquis, cum ſignatores tempore aperiendarum tabularum ſigilla ſua apud prætorem recognoſcere & pro teſtamento teſtimonium dicere debeant, *l.4. & ſeqq. teſt. qu. aper.* an non ex eo neceſſario ſequitur, teſtamentum corruere, ſi quis e teſtibus, qui, cum conderetur teſtamentum, pro libero adhibitus fuit, nunc, cum aperiendum eſt, ſervus appareat? *arg. l. 11. C. de teſtib.* quo loco ſcriptum eſt ſervos teſtimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quam ſi quis e teſtibus ante apertas tabulas vita functus ſit, aut furioſus, cæcus, mutus, ſurdus, &c.
3 factus. Nam ut recte D. Viglius, ſigillorum iſta inſpectio requiſita fuit, non ut formalis aliqua teſtamenti ſolemnitas, ſed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cum teſtes adhuc viverent, aut tales eſſent, qui teſtimonium perhibere ſignis inſpectis & recognitis poſſent; teſtibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco ſtatim voluntas defuncti concidit, cum adhuc aliis argumentis & conjecturis ſigillorum fides confirmari poſſit, maxime accedente adminiculo ſubſcriptionis teſtatoris & teſtium; nam manus cujuſque & ſubſcriptio pluribus nota eſſe ſolet; poteſtque etiam in dubio probari per literarum comparationem. Fuſius hac de re diſputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavere, vel uno teſte ante aperturam tabularum mortuo vel inhabili facto teſtamentum protinus irritum fieri: oſtenditque, ex ea perſuaſione factum, ut vetus teſtandi forma pene abolita ſit, cœperintque curare homines, ut de teſtamentis inſtrumenta publica per Notarios fierent; quod olim fuit incognitum. At uſitatum erat teſtamenta publicari, hoc eſt, actis inſinuari vel referre in acta publica; quod hæredes ſcripti fieri procurabant, ne, ſi caſu materia, in qua primum teſtamentum ſcriptum eſſet, intercidiſſet, proximi ab inteſtato negotium iis faceſſerent. Nam publicatum teſtamentum priori ſcriptura caſu amiſſa plenam fidem ſine alio adminiculo faciebat, vid. *l. 2. & l.teſtamenta 18. C. hoc tit. & ibi* D. Donell. Quod autem de ſervo reſcriptum eſt, id non dubito, quin recte producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in teſtibus teſtamentariis requiruntur, ſi eadem ratio eſt; puta ſi impubes adhibitus ſit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum ſimulans, prodigus, qui tempore conditi teſtamenti pro ſano a pleriſque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio teſtamentum, quod ſummo jure inutile, defendunt. Joſeph. Ludov. *comm.opin. 69. in 4. fallent.*

Omnium conſenſu) Donell. in *l. 1. C. hoc tit.* conſenſum ſive opinionem ceterorum teſtium intelligit. Quod non placet. Quid enim, ſi hi neſciant ſervum eſſe, aut ſtatus controverſiam pati, quod alii omnes in civitate ſciant? Nec magis verba, *omnium conſenſu*, ad teſtes ſolos reſtringi poſſunt; quam illa, quæ mox ſequuntur, *nec quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moveret*, quæ itidem expreſſa ſunt reſcripto Adriani. Omnium igitur con- 4
ſenſu ſic potius accipiemus, conſenſu omnium, qui in civitate ſunt, opinione totius populi, aut certe majoris partis, quia publice liber a pleriſque habebatur, ſic agebat, ſic contrahebat, ſic muneribus fungebatur, *argum. l. 3. in pr. de ſen. Mac. l. 3. §. 2. de teſtib.* Quam ob cauſam Joan. Fab. exiſtimat, nec illud teſtamento nociturum, ſi unus & alter e teſtibus ſciverit conditionem illius, & tacuerit. Putatque hoc amplius, locum eſſe huic conſtitutioni, etiam ſi plures ejuſdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti ſint, *arg. d.l.1. C. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores, quam duo, habiles ſint & idonei. Latius hic exſpaciantur DD. dum quærunt, an geſta ab his, qui ſe pro ſcribis aut notariis gerunt, cum non ſint, ſed communi errore tales habeantur, & inſtrumenta ab his facta, valeant? Et ſic vulgo diſtinguitur, ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujuſmodi perſona per errorem impoſita ſit, an quis ipſe ſibi privatim eam aſſumpſerit: illo caſu valere quod geſtum eſt, per *l. 3. de off. præt.* hoc caſu acta non valere, & ſpeciale eſſe, quod in caſu hujus §. teſtamento ſuccurritur, vid. Sichard. *ad d. l. 1. C. hoc tit. ſub fin.* Jaſon *ad d. l.3.* qui de eo diſputat accuratiſſime.

TEXTUS.

De pluribus teſtibus ex eadem domo.

8. *Pater, nec non is, qui in poteſtate ejus eſt: item duo fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, utique teſtes in uno teſtamento fieri poſſunt: quia nihil nocet, ex una domo plures teſtes alieno negotio adhiberi.*

NOTÆ.

8. *Pater, nec non is, &c.*) Ex *l. pater* 17. *D. de teſtib.* ratio eſt in textu: add. *l.* 22. *pr. h. t.* Ulp. *tit.* 20. §. 5.

COMMENTARIUS.

Hic locus ſumptus eſt ex *l. pater* 17. *de teſtib.* add. *l. ad teſtium* 22. *pr. hoc tit.* Ulp. *tit.* 20. §. 5. Dubitandi cauſa, ut mox indicatur, eſſe poteſt, quod plurium ex una domo teſtimonium ſuſpectum videatur, propterea quod hi facile colludere atque in unam eandemque meditatam ſententiam conſpirare poſſunt, *& fac. l.* 3. §. 1. *de teſtib.* Sed ſubjungitur ſolutio, nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex una domo teſtes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipſi commodi ſperent; ſuſpicionibus enim non uſque adeo indulgendum eſſe, ut quiſquam gratuito malus eſſe præſumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l.* 6. *de teſtib.* teſtes idoneos non eſſe, quibus imperari poteſt, ut teſtes ſint, recte Gloſſa ſic interpretatur, ut teſtes ſint in cauſa imperantis, eoſque pro ſe producentis. Ne quis putet jus poteſtatis & filio imperandi obſtare, quominus pater ſimul & filius in alieno negotio teſtes eſſe poſſint. Neque ambigendum eſt, quin filiusfam. etiam patre invito teſtimonii dictionem habeat, cum publica auctoritate teſtimonium denuntietur, cujuſmodi in cauſis jura patris interquieſcunt. *arg. l.* 9. *de his qui ſui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, in alienis negotiis (non enim in teſtamento duntaxat hoc obtinet *d. l.* 17. *de teſtib.*) diverſarum perſonarum numero haberi.

TEXTUS.

De his qui ſunt in familia teſtatoris.

9. *In teſtibus autem non debet eſſe is, qui in poteſtate teſtatoris eſt. Sed ſi filiusfamilias de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater ejus recte adhibetur teſtis, nec is, qui in poteſtate ejuſdem patris eſt. Reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium.*

NOTÆ.

9. *Poſt miſſionem, &c. nec pater ejus, &c.*) Aliud tamen placuiſſe videtur Ulpiano & Marcello, *l.* 20. §. 2. *h. t.* ut bene animadvertit Hotom.

In poteſtate ejuſdem patris) Frater ſcilicet teſtatoris συνυπεξουσιος, non emancipatus.

Domeſticum teſtimonium) Id eſt, eorum, qui ita conjuncti ſunt, ut alter ſit in familia & poteſtate alterius, & una cum eo fictione juris perſona. Nam ut recte Græci, οικιακη μαρτυρια, ουκ εκ της συγγενειας, αλλ' εκ της ενωσεως της ὑπεξουσιοτητος λαμβανεται. *Non ex cognatione, ſed ex coadunatione, quæ per patriam poteſtatem contingit.* Eadem ſcil. ratione, qua ſui hæredes domeſtici. §. 2. *inf. de hær. qual.* In Judiciis autem teſtes omnes domeſtici intelliguntur, qui de domo accuſati producuntur, *l.* 3. *C. de teſtib. l.* 24. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo quæſtio formanda in filio teſte in teſtamento patris?*
2. *Quid obſtet, quominus qui in poteſtate teſtatoris eſt, teſtis in ejus teſtamento eſſe poſſit? Et quid de filio emancipato? &c.*
3. *Cur in teſtamento filiifam. poſt miſſionem de caſtrenſi peculio teſtantis, pater teſtis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati recte teſtis adhibetur?*
4. *Diſſentire Juſtinianum in propoſita ſpecie ab Ulpiano & Marcello.*
5. *Domeſticum teſtimonium hoc loco æſtimari ex unione perſonarum, quæ per poteſtatem contingit: etſi in aliis cauſis domeſtica teſtimonia interpretamur teſtimonia perſonarum domeſticarum.*

Hactenus de perſonis, quarum ea eſt inhabilitas, ut nullius in teſtamento teſtes adhiberi poſſint: ſunt etiam quædam, quæ cum per ſe habiles ſint, & recte adhibeantur, non tamen recte adhibentur in teſtamentis omnium, idque ob cauſam aliquam privatam quæ eas κατα τι inhabiles facit. Cauſa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio teſtis & teſtatoris per poteſtatem: item negotium teſtamenti ad eum, qui teſtis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera ſeq. explicatur.

Qui in poteſtate teſtatoris eſt) Igitur nec filius teſtatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in poteſtate ſit; nec is, quem teſtator ab hoſtibus redemerit. *l. qui teſtamento* 20. *in fin. pr. & §.* 1 *hoc tit.* Sed enim cum conſtet, filium, qui in poteſtate ſit: aut hæredem inſtituendum eſſe, aut nominatim exhæredandum, ſilentio eo præterito teſtamentum ipſo jure non conſiſtere, abſurda poteſt videri hæc diſputatio. Nam fingamus, eſſe inſtitutum, jam alia & propria ratione teſtis eſſe non poterit, quia hæres, §. *ſeq.* Fingamus, exhæredatum, & nihil videtur obſtare, quominus recte teſtis ſit, qui ſua ſe manu exhæredem ſcribere poteſt, ſalvo teſtamento, *l. non putavit* 8. §. *ſi quis* 6. *de bon. poſſ. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cum in ſuam nemo perniciem ingenioſus ſit. Quod ſi dicas, durum videri, ut filius palam teſtis adhibeatur exhæredationis & ingratitudinis ſuæ; quid ſi teſtamentum, quo exhæredatus eſt, clauſum proponatur, in quo quid ſcriptum ſit, a teſtibus omnibus ignoretur? ita enim in propoſito quæſtio formanda eſt, ut jam illud objici non poſſit. Quid eſt igitur, quod hic obſtet, quominus filius teſtis ſit? Nihil aliud, quam

jus poteſtatis, quod fictionem quandam unitatis perſonarum inducit inter eum, qui habet in poteſtate, & qui in poteſtate habetur. §. *ſi quis 4. inf. de inut. ſtip. l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* Quo fit, ut ſi alteri alter teſtimonium dicat, ſibi quodammodo dicere videatur, quod ſubtilitas juris non patitur, ut poſt Viglium hic notant plerique recentiores; & eſt textus eo pertinens in §. *ſequ. in fin.* Addunt nonnulli, huc etiam referendum, quod generaliter placuit idoneos teſtes non videri, quibus imperari poteſt, ut teſtes fiant. *l. 6. de teſtib.* Ego vero arbitror, definitionem iſtam valere tantum in teſtimoniis judicialibus; quamvis verum ſit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari poteſt. Ait, *qui in poteſtate*. Igitur a contrario, qui in poteſtate teſtatoris non eſt, puta filius emancipatus, recte teſtis adhibetur, & pater viciſſim in teſtamento illius; neque enim credendum eſt, verba illa fruſtra hic & in *d. l. 20.* expreſſa eſſe. Præterea ceſſat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum ſcilicet unitatis, quod per emancipationem ſolvitur. Et vel magis igitur poterit quis teſtis eſſe in teſtamento matris & avi materni. Non obſtat, quod parentes & liberi hoc ipſo, quod parentes & liberi ſunt, invicem teſtes eſſe prohibentur. *l. 9. de teſtib. l. 6. C. eod.* nam iſta prohibitio pertinet tantum ad illa teſtimonia, ex quibus lucri aliquid accedere poteſt parenti vel filio, cui teſtimonium dicitur, qualia ſunt teſtimonia judicialia, de quo paulo diligentius poſtea.

Sed ſi filiusfam. poſt miſſionem, &c. neque pater ejus recte adhibetur) Filiusfam. teſtamentum facere non poteſt, præterquam ſi teſtetur de caſtrenſi peculio. *inf. tit. 12.* ac proinde eo ſolo caſu quæſtio hæc locum habere poteſt, an pater ad teſtamentum ejus teſtis adhiberi poſſit? Sic autem hoc loco diſtinguitur, ut ſi
3 filiusfam. militans adhuc teſtamentum faciat de rebus caſtrenſibus, pater recte teſtis adhibeatur, ſi poſt miſſionem non æque. Ceterum quod ad priorem caſum; amplius adhuc diſtinguendum exiſtimo, utrum ſcilicet militans adhuc teſtamentum faciat jure militari in caſtris aut expeditione, an extra caſtra jure communi; ut illo demum caſu pater recte adhibeatur, propter liberrimam, quæ militibus data eſt, in caſtris teſtandi facultatem: hoc autem caſu non magis, quam ſi teſtetur poſt miſſionem, *arg. pr. & §. 3. tit. ſeq.* & verba illa, *poſt miſſionem*, non ideo hic adjecta eſſe, quia ante miſſionem filius teſtamentum faciens ſemper patrem adhibere poſſit; ſed quia poſt miſſionem nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem poſſe teſtem adhiberi diximus, non alia ratione, quam quia emancipatus non eſt in poteſtate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in poteſtate eſt; quippe qui in caſtrenſi peculio vice patrisfam. fungitur, *l. 2. de ſen. Mac.* Huic objectioni ita fere reſponderi ſolet, multum intereſſe utrum quis revera & ſine exceptione ſit paterfam. & patri ſuo extraneus, qualis eſt filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera ὑπεξούσιος & domeſticus patri ſuo: qualis eſt, qui peculium caſtrenſe habet. Etenim peculii hujus conceſſionem non eximere filium de domo & poteſtate patris; §. 4. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* & conſequenter non efficere; ut una perſona cum patre cenſeri deſinat: tantum liberam filiofam. de iis rebus diſponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis inſtituendi, in quo patrifam. comparetur. Ceterum ut ipſe pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad ſuum teſtamentum adhibere non poteſt, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi poſſe. Equidem fateor, 4
hæc ita pro Juſtiniano, &, ſi qui veterum fuere, quos ille ſecutus eſt, ſpecioſe diſputari: video tamen, aliud placuiſſe Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus ſecutus eſt in *l. qui teſtamento 20. §. 2. hoc tit.* Ita enim ſcribit: *Per contrarium quæri poteſt, an pater ejus, qui de caſtrenſi peculio poteſt teſtari, adhiberi ab eo ad teſtamentum teſtis poſſit.* Et Marcellus *libro 10. Digeſtorum* ſcribit, *poſſe: & frater ergo poterit.* Contraria omnino ſententia & directo pugnans cum eo, quod hoc loco tradit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomannus. Nam quod ceteri interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium eſſe video, Marcelli ſententiam reſtringunt ad eum caſum, quo filiusfam. de peculio caſtrenſi teſtatur jure militari ſive privilegiato, nullo colore defendi poteſt. Primum quia tota tractatio illius tituli propria eſt teſtamenti ſolemnis, ut proinde veriſimile non ſit Ulpianum eo loco miſcuiſſe quæſtionem, quæ ad militaria teſtamenta pertineret; quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum eſt, aut factum oportuit. 2. Quia Ulpianus hanc quæſtionem proponit oppoſitive ad præcedentem, quæ oppoſitio in diſſimili genere teſtamenti plane inepta foret. Negaverat, *in §. 1. ejuſdem. l. 20.* filium, qui in poteſtate eſt, teſtem eſſe poſſe in teſtamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de teſtamento ſolemni, nec ad teſtamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater ejus, qui de peculio caſtrenſi teſtari poteſt, adhiberi ab eo ad teſtamentum teſtis poſſit; & ait, poſſe, ex ſententia Marcelli. At hæc quæſtio minime præcedenti contraria eſt, niſi de eodem genere teſtamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda ſunt verba Juriſconſulti. Non quærit de teſtamento filiifam. militis aut in caſtris agentis, ſed quæſtionem generaliter atque indiſtincte proponit de omni filiofam. qui de caſtrenſi peculio teſtari poteſt, at poteſt non ſolum miles in caſtris agens jure militari, ſed idem etiam extra caſtra jure communi: poteſt eodem jure & veteranus ſeu militia miſſus. 4. De teſtamento jure militiæ facto ne dubitari quidem juſte poteſt; quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum eſt, *quomodo velint; quomodo poterunt. l. 1. de teſtam. mil.* facile hanc in perſonis teſtium differentiam abſorbeant, & reciprocationem teſtimoniorum patris & filii admittant; imo ne teſtem quidem deſiderent, ubi de militis voluntate conſtet: de quo amplius §. 1. *ſeq. tit.* Et fortaſſe motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione; quia placuit, filiumfam. in peculio caſtrenſi pro patrefam. haberi, quaſi ob id etiam diverſam a patre perſonam in cauſa iſtius peculii ſuſtinere debeat: id enim receptum eſt, cum de acquirendo ex cauſa hujus peculii agitur, in quo fere ſolo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una perſona habeantur, locum habet.

Ea in re domeſticum teſtimonium) Myſticus horum verborum ſenſus eſt, ne quis ex his colligat, in aliis cauſis domeſtica teſtimonia non reprobari. Quin

in

in cauſis judicialibus multo magis reprobantur, & tanto, quanto major eſt reprobationis causa. Sed nimirum hæc Juſtiniani ſententia est; licet in testamentis de lucro aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut fit in cauſis forenſibus, ac proinde hic verendum non ſit, ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob cauſam etiam perſonæ conjunctiſſimæ & amiciſſimæ hic invicem jus dicendi testimonii habeant: nihilominus tamen domesticum in hac cauſa testimonium prohibitum eſſe, hoc est, eorum, qui ita conjuncti ſunt, ut alter ſit in familia & potestate alterius, & fictione juris eadem cum altero persona, unde cum alteri teſtimonium præstat, ſibi quodammodo præstare videatur.

5 Hac ſola juris ſubtilitate testimonia in propoſito vetari, non aliqua falſi ſuſpicione propter cognationem aut affectum. Atque hanc eſſe Justiniani ſententiam hic ipse locus ſatis perspicue indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; *την δε οικιακην*, inquit, *μαρτυριαν ουκ εκ της συγγενειας, αλλ' εκ της ενωσεως της εν ὑπεξουσιοτητι λαμβανομεν*. eademque fere ratione Justinianus *inf. de her. qual.* §. 2. ſuos hæredes appellatos eſſe ait, quia domestici hæredes ſunt, quibus opponit extraneos, id est, omnes, qui in potestate morientis non fuerunt. Cum igitur prohibendi hujus testimonii non alia causa ſit, quam unio illa personarum, quæ per potestatem contingit, ſequitur, inter eos, qui ita uniti non ſunt, testimonia testamentaria licita eſſe, quamvis alioqui ſumma ſit inter eos conjunctio aut caritas. Itaque & patrem recte teſtem adhiberi in testamento filii emancipati, avum in testamento uxoris, multoque magis patronum in testamento liberti, & patremfam. in testamento mercenarii, & vice versa libertos & mercenarios in testamentis illorum: ac proinde errare interpretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. de teſtib. l. 6. C. eod.* ſuspecti omnes, quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. eod.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens: item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii qui domi famulantur. In his enim cauſis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum, hoc est: eorum omnium, qui de domo rei, qui in eos imperium habet, producuntur. *l. pen. de teſtib. fac. l. 11. §. furta domeſtica. 1. de pœn. l. antepenult. §. pen. C. de his qui ad eccleſ. conf.* Discriminis ratio jam ante a me indicata hæc eſt, quod in ceteris cauſis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obsequio veritatem celaturos ſuspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, ſed hæredis agitur, ut non tam illi, quam huic testimonium testes perhibeant.

TEXTUS.

De hærede, & his, qui ſunt in ejus familia.

10. *Sed neque heres ſcriptus, neque is, qui in ejus poteſtate eſt; neque pater ejus, qui eum habet in poteſtate; neque fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt: quia hoc totum negotium, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter teſtatorem & heredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, a teſtamentariis testimoniis repellebant: heredi autem & iis, qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, concedebant teſtimonia in teſtamentis præſtare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere ſuadebant: tamen nos eandem obſervationem corrigentes, & quod ab illis ſuaſum eſt, in legis neceſſitatem transferentes, ad imitationem priſtini familiæ emptoris, merito nec heredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis perſonis, quæ ei (ut dictum eſt) conjunctæ ſunt, licentiam concedimus ſibi quodammodo teſtimonia præſtare: ideoque nec ejuſmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inſeri permiſimus.*

NOTÆ.

10. *Creditur hodie*) Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait *totum*, ut hac ratione teſtimonium recipiatur legatarii & fideicommiſſarii. Cujac.

Heredi autem) Non tantum clam ſcripto, ſed palam etiam nuncupato.

Priſtini familiæ emptoris) Cujus teſtimonium ideo receptum non fuiſſe certum eſt, quia negotium teſtamenti palam & aperte cum eo ipſo, ut vero hærede, agebatur.

COMMENTARIUS.

1. *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem a teſtimonio removerint, heredem admiſerint?*
2. *An ad teſtamentum recte adhibeatur pater heredis, cujus in poteſtate non eſt, filiive heredis emancipati? &c.*

CAuſa privata altera, quæ teſtem inhabilem facit, eſt negotium teſtamenti, quod cum teſte agitur. Negotium teſtamenti dicitur id, cujus præcipue cauſa teſtamentum ordinatur, nimirum inſtitutio hæredis ſive univerſi juris ſucceſſoris. Nemo igitur teſtis adhiberi poteſt in eo teſtamento, in quo hæres ſcriptus eſt: quod ideo placuit, quia in teſtamento negotium hæredis recta & principaliter agitur, utque is ſolus ſit juris ſucceſſor. Hærede autem ſummoto conſequens fuit, ut una removeretur, qui in poteſtate ejus eſt,

& pater quoque, qui eum habet in poteſtate, & denique frater, qui cum eo in ejuſdem patris poteſtate eſt, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *prac.*

Veteres familiæ emptorem repellebant: Hæredi autem concedebant) Certum eſt, olim, cum primum forma teſtandi per æs & libram inventa eſt, neque hæredem, neque eos, qui per poteſtatem ei conjuncti erant, ad teſtimonium in teſtamento præſtandum admiſſos fuiſſe: quippe cum negotium teſtamenti palam & aperte cum ipſo hærede ageretur. Nam ut oſtendimus in explicatione §. 1. *hujus tit.* initio ipſe hæres futurus emebat familiam a teſtatore, iſque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tanquam juſto titulo, bona poſt mortem teſtatoris pleno jure Quiritium conſequeretur. Procedente autem tempore, ob cauſas, quas ibidem indicavimus; hoc mutatum fuit, inſtitutumque, ut ſolemnitatis implendæ cauſa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, ſed alius ab hærede, & fiduciarius, qui hæredi forte clam in tabulis ſcripto familiam re-
1 manciparet. Quo recepto cœpit familiæ emptor a dicendo in teſtamento teſtimonio ſummoveri, & hæres admitti; quaſi negotium teſtamenti, jam non tam cum hærede, quam cum familiæ emptore gereretur, & abſurdum ſit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginarie, teſtis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat, etſi hæres ſcriptum ſe non ignorabat. Cicero *in orat. pro Milon. cap.* 18. *Cyri teſtamentum palam obſignavi cum Clodio: & illum hæredem & me ſcripſerat.* Ceterum ab eo jure poſtea iterum receſſum fuiſſe arguit *l. qui teſtamento.* 20. *pr. hoc tit.* niſi locus ille a Triboniano interpolatus ſit, aut de alio genere teſtamenti intelligendus, quam quod per æs & libram fiebat, accipiendus, *arg.* §. 2. *tit.* 20. Juſt. Ulpian. VINN. Immo, quum temporibus Ulpiani teſtamenta rarius facta videantur per æs & libram, faciliore teſtandi ratione a Prætore inventa: non opus eſt, ut interpolatam a Triboniano exiſtimemus *d.l.* 20. *pr. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Commode enim accipi poteſt de teſtamentis tunc frequentioribus, puta de prætoriis. HEIN.

Minime hoc jure abuti eos debere ſuadebant.) Etſi teſtimonium hæredis apud veteres licitum eſſe cœpit, cum alius familiam emeret, exiſtimabant tamen, minus verecunde hæredem facturum, ſi ſciens ſe hæredem ſcriptum eſſe, jure ſibi conceſſo uteretur; quamobrem etiam ſuadebant, ut potius ſe excuſaret, atque a teſtimonio, ſi pudori ſuo conſulere vellet, abſtineret. Non enim potuit locus eſſe huic ſuaſioni, ubi, quis hæres inſtitutus eſſet, ignoraretur. Eſt autem illud omnino veriſimile, ſublata ratione teſtandi per æs & libram, (quod factum creditur ſtatim poſt translatum in Thraciam imperium, *arg. l.* 15. *C. hoc. tit.*) hæredem amplius teſtem eſſe non potuiſſe in ullo teſtamento: quippe cum ex eo tempore negotium teſtamenti non tantum ſerio, ſed recta etiam cum ipſo hærede agi cœptum ſit, quod antea ſimulate agebatur cum emptore familiæ in teſtamento per æs & libram; quod etiam ratio initio hujus textus prolata, *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter teſtatorem & hæredem agi,* perſpicue oſtendit: ut adeo non admodum neceſſe fuerit, ſuaſionem iſtam veterum in legis neceſſitatem a Juſtiniano transferri: quod tamen hic ſe feciſſe profitetur.

Neque aliis perſonis, quæ ei, ut dictum eſt, conjunctæ) Scilicet per poteſtatem, quod antea expreſſit: ea enim ſola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una perſona habeantur, atque ut ſibi quodammodo, 2
quod ait, teſtimonium præſtent. Ex contrario igitur etiam hic recte colligas, eos, qui in poteſtate hæredis non ſunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus poteſtate non eſt, & fratres ejus, ad teſtimonium in propoſito admitti poſſe. Nam cum hi omnes diverſæ ſint ab hærede perſonæ; non poteſt dici, negotium teſtamenti propter hæredem etiam cum his agi, eoſve ſibi aut in re ſua teſtimonium dicere: licet forte ex eo commodum aliquod hærede mortuo conſequi poſſint: nam nec legatariorum teſtimonium rejicitur, quamvis & ipſi in conſequentiam lucrum ex teſtamento capiant. Fatendum tamen eſt, eſſe aliquid in perſonis hæredi ſanguine ſic conjunctis, ob quod videri poſſint ad teſtimonium non admittendi, quod non ſit in iis, qui teſtatori naturaliter conjunguntur, propterea quod ut dictum §. *prac.* non de teſtatoris, ſed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non teſtatoris hæredis tamen parentes aut liberi ſuſpicione graventur. Verum in contrarium conſiderandum eſt, ignorari plerumque, quis hæres ſcriptus ſit, idque non tantum cum ſignatur teſtamentum, ſed etiam cum teſtes jubentur ſigna ſua recognoſcere, quod fit ante aperturam tabularum, *l.* 4. *teſt. quem. aper.* Sed etſi ſciatur, quis hæres ſcriptus ſit, aut ſi palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, ſtatim teſtamento obeſſe debere, quod dicantur inter teſtes adhibiti parens aut filius aut frater hæredis, (dempta conjunctione per poteſtatem.) Nam primo ſi quam ſuſpicionem neceſſitudo inducit, ea facile reliquo teſtium numero deletur. Deinde etſi negotium hæredis in teſtamento agitur, is tamen non eſt onerandus, quia ipſe teſtes initio ad hoc non adhibuit, ſed teſtator; neque aliis teſtibus poſtea ad probandam teſtatoris voluntatem uti poteſt, quam iis ipſis, qui adhibiti ſunt, cum teſtamentum ordinaretur. In quam ſententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommiſſariis, & his qui ſunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommiſſariis, quia non juris ſucceſſores ſunt, & aliis perſonis eis conjunctis teſtimonium non denegamus: imo in quadam noſtra conſtitutione & hoc ſpecialiter eis conceſſimus. Et multo magis iis, qui in eorum poteſtate ſunt, vel qui eos habent in poteſtate, hujuſmodi licentiam damus.*

NOTÆ.

11. *Quia non juris ſucceſſores*) Non juris univerſi, ſed re-

rerum ſingularum , *l.* 9. §. 1. *D. de edend.* quorum gratia teſtamentum non ordinatur , ſed univerſi ſucceſſoris , id eſt , hæredis habendi cauſa . Itaque negotium teſtamenti cum ſolo hærede geritur , non cum legatariis : niſi forte per conſequentiam ; quod placet hic non attendi confirmato teſtibus adhibitis ipſo teſtamento, *d. l.* 14. Symmach. *lib.* XIII. *epiſt.* 55.

Noſtra conſtitutione) Non extat : ſed Zenonis hac de re habemus in *l.* 22. *C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Divinatorium eſſe, quod quidam prodiderunt , legatarios teſtes eſſe vetitos Senatuſconſulto Liboniano , & contrarii juris primum auctorem fuiſſe Scævolam.*
2. *Ratio Juſtiniani , cur legatariis & fideicommiſſariis jus teſtimonii non denegetur , expoſita.*
3. *Afferuntur complures aliæ , & certiores.*
4. *Diſpoſitionem hujus §. non tantum in teſtamentis ſcriptis , ſed etiam in nuncupativis obtinere , confutata ſingulari opinione Ant. Fabri.*
5. *Fideicommiſſarios univerſales huc non pertinere.*

Legatum aut fideicommiſſum teſtamento alicui relictum eum teſtem inhabilem in eo teſtamento non facit : ſed placuit legatarios & fideicommiſſarios teſtes in teſtamento adhiberi poſſe. *l. qui teſtamento.* 20. *in pr. hoc tit. fac. l. ſi quis.* 14. *de reb. dub. l. dictantibus.* 22. *C. hoc tit.* Quo admiſſo jam eorum etiam , & quidem multo magis , teſtimonium recipiendum fuit , qui iis per po-
1 teſtatem conjuncti ſunt. Dionyſ. Gothofredus in *d. l. dictantibus.* 22. ſcribit , olim legatarios teſtes in teſtamento eſſe non potuiſſe ex Senatusconſulto Liboniano : Hotomannus hic , controverſum hoc jus fuiſſe, primum Scævolam ejus inducendi auctorem : atque exiſtimat uterque , hoc ipſum eſſe , quod Plinius *lib.* II. *epiſt. ult.* ut improbiſſimum genus falſi notat . Sed quis Gothofredum docuit , tale quid cautum fuiſſe Senatusconſulto Liboniano ? Aut quis Hotomannum , fuiſſe Scævolam contrarii juris primum auctorem ? Non , ſi Scævola hoc jus comprobavit , ut teſtantur Arcadius & Honorius, *l.* 3. *C. Theod. de teſtam.* protinus ſequitur, eum eſſe illius juris primum auctorem . Quis vero credat , ſi verum eſt , quod Gothofredus ſcribit , Scævolam reſponſurum fuiſſe contra auctoritatem recentis Senatusconſulti ? Plinius vero loco citato non illud improbum falſi genus appellat , ſi quis teſtimonium dicat in teſtamento , ex quo legatum capit , ſed ſi quis ejuſmodi technis, quibus uſum eſſe ſcribit Marcum quendam Regulum , nequiſſimum omnium bipedum , aliiſve malis artibus teſtatorem aggrediatur, & legatum extorqueat : quem eundem Regulum intelligit Juvenalis *ſatyr.* 1. *v.* 67.

Signator falſi , qui ſe lautum atque beatum
Exiguis tabulis & gemma fecerat uda .

Ceterum locus ipſe evidenter oſtendit , jam tum legatarios teſtes recte adhibitos , aut teſtibus legatum recte datum . Quin etiam diu ante tempora Plinii hoc jus obtinuiſſe liquet ex *d. l.* 14. *de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

2 *Quia non ſunt juris ſucceſſores*) Ratio a poſteriori ut videtur : unde intelligamus , non ut cum hærede , ita cum legatariis & fideicommiſſariis negotium teſtamenti geri ; ac proinde non eodem modo hos, ut illum , a teſtimonio teſtamentario repellendos : quod enim dixit §. *prac.* negotium teſtamenti inter teſtatorem & hæredem geri , & ideo hæredem non debere teſtem adhiberi in eo teſtamento, in quo hæres inſtituitur ; id hanc rationem habet, quia hæres univerſi juris ſucceſſor eſt: quippe ſucceſſoris univerſi juris habendi gratia teſtamentum ordinatur , ejuſque deſignatio caput eſt & fundamentum totius teſtamenti . Uti igitur hæredis teſtimonium rejicitur ob id, quod negotium teſtamenti eſt negotium ſucceſſoris juris , ita legatarii admittitur , quia hoc negotium ad eum non pertinet , qui ſucceſſor juris non eſt : ille removetur ab illius negotii , tanquam ſuæ rei teſtimonio: hic admittitur in illo negotio teſtis , tanquam in re aliena . Quod etiam ſignificare videtur Marcianus in *d. l.* 14. *de reb. dub.* cum ait , ipſum teſtamentum confirmari teſtibus adhibitis, nempe univerſum illud negotium , quod inter teſtatorem & hæredem de juris ſucceſſione agitur , ſignatorum teſtimonio confirmari , non attento legato ex illa juris ſucceſſione pendente . Sed eſto: ne ſint legatariis juris ſucceſſores: legata ad conſtitutionem teſtamenti non pertineant ; & hactenus dicatur negotium teſtamenti ad legatarios non pertinere : fatendum tamen utique eſt , ſaltem aliquo modo etiam de re legatarii in teſtamento agi ; quippe qui emolumenti ex teſtamento percipiendi ſpem habet , cujuſque propterea pecuniariter intereſt , teſtamentum confirmari , ne relictum concidat. *l. eam quam.* 14. *C. de fideicomm.* Hoc ipſum vero ſatis cauſæ eſt ad arcendos a teſtimonio legatarios . Nam etſi non principaliter & recta in rem ſuam teſtimonia ferant, ſed hæredis; per conſequentiam tamen confirmati teſtamenti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipſorum commodum pertinet : ac proinde quod nemini conceſſum eſt , *l. nullus.* 10. *de teſtib. & C. eod. l. omnibus.* 10. in re & cauſa propria nihilominus teſtimonium dicunt ; ſiquidem palam eſt , cauſam propriam eſſe eam , cujus emolumentum aut damnum ad aliquem quoquo modo ſuo nomine pertineat. *l.* 1. §. *in propria.* 11. *quand. appell. DD. in d. l. omnibus.* 10. *& l. ſeq. C. de teſtib.* Quamobrem etſi ratio Juſtiniani hoc efficit , ut magis hæres repellendus ſit, quam legatarius : tamen non ſatis idonea videtur , ut propter eam legatarius debeat admitti . Et vero ita eſt: nec dubitandum , quin certiore aliqua & ſpeciali ratione hoc jus receptum fuerit , quamvis nulla præter hanc Juſtiniani in libris noſtris aperte tradita inveniatur . Interpretes complures afferunt . Prima eſt, 3
quod numerus reliquorum teſtium & ceterarum rerum diligentiſſima obſervatio , teſtimonium legatarii ab omni falſi ſuſpicione tuetur : neque tam ob teſtimonium legatarii , quam ob reliquorum , ad quos ea res non pertinet, legatum ſuſtineatur . Secunda eſt, quod in propoſito legatariis res ſit cum hærede , qui, cum hoc debeat teſtibus , quod teſtamento eorum teſtimonio confirmato ipſe hæreditatem & bona univerſa defuncti conſequitur , improbe facturus ſit , ſi legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præſtare recuſet , quod in re propria teſtimonium dixerint . Nam ſive tempus facti teſtamenti ſive aperti conſideretur , teſtes de voluntate teſtatoris duntaxat & ſuo facto deponunt : poſtea vero cum legatum petunt,

cum

cum ſolo hærede iis negotium eſt, qui non poteſt non improbe fidem derogare teſtimonio eorum, quorum fidem in ſua cauſa ſecutus eſt. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis eſſe videtur. Et fortaſſis hoc potius eſt, quam quod ante dixi, quod Marcianus ſenſit in *d.l.14.de reb.dub.* cum ex Trebatii & Pomponii ſententia legatum ſignatoribus ſive teſtibus, (nec enim hi diverſi ſunt,) relictum ideo valere ſcribit, quia ipſum teſtamentum teſtibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod veteres ſuprema ordinaturi amicis fere ſignatoribus utebantur, quibus amoris teſtificandi gratia nihil relinqui poſſe, durum ſane atque inhumanum eſſet. In quam rem elegans locus eſt Symmachi *lib.x.epiſt.55.* *Quis*, inquit, *non familiariſſimum quemque ſignandis adhibet, cum extrema conduntur? Jam quid mirum eſt, ſi in oculis poſitus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita diſputat, ut, ſi his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo ſubſcriptores ob amicitiam defunctus adſpergit, legitimum poſſit abolere judicium, inimicis ſignatoribus tutius uteremur: inanem appellat calumniam & rem poſt humanam memoriam inauditam: objectionem Baſſiani cujuſdam, qui hoc jus in dubium vocabat: facit *l.Pamphilo 39.*
4 *§.1.de legib.3.* Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantum in teſtamentis ſcriptis ſervandum eſſe, verum etiam in nuncupativis; licet diſſentiant Duar. *ad tit.qui teſtament.fac.* & Ant. Fab. *decad.*LXVI.*err.1.& ſeqq.* & quidem in teſtamento nuncupativo, quod uti nunc mos eſt, per Notarium in ſcripturam redigitur, et res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii teſtimonium publicæ perſonæ juvatur fide, Joan. Fab. Aretin. Imol. Vigl. Zypæ. *not.jur.Belg.de teſtam.* ut ut Groenew. *de ll.abr.* hic ſubſiſtat: ſed in mera ſimplicique nuncupatione cauſa eſt, cur dubites, cum hic teſtes recta tam de legato, quam de jure hæredis deponant: nullaque alia re teſtimonium juvetur, ut videri poſſit, perinde id habendum eſſe, ac ſi quis ſibi aliquid in teſtamento adſcribat, quod Senatuſconſulto prohibitum eſt, *l.14.in pr.ad leg.Corn. de falſ.* Et tamen magis eſt, ut hic quoque teſtimonium legatarii admittatur, cum ceterorum teſtium fides ſuſpicionem tollat, legataque ac fideicommiſſa etiam codicillis relinqui poſſint, in quibus conſtat, quinque teſtes ſufficere: ſit ut mutua hic futura ſint teſtimonia, quod notat D.Hotom. add. Diod. Tulden. *ad hunc tit. c.9.* quanquam haud gravate admiſerim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio eſt Ant. Fabri *d. dec. err.3.* qui putat, *Nov.1.c.1.* in totum ab hoc jure receſſum eſſe, ut hodie nec in ſcripto teſtamento teſtimonia legatariorum & fideicommiſſariorum admittenda ſint: quoniam Juſtinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut ſi ſcripti hæredes hæreditatem adire recuſarent, ipſis legatariis & fideicommiſſariis poteſtas adeundi eſſet: unde colligit, jus teſtimonii dicendi nunc iis plane denegandum eſſe, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. quia juris ſucceſſores fieri poſſunt. Ego vero malim dicere, hoc curandum non eſſe, quia ex accidenti eſt. *Caſus adventitii*, inquit Scævola, *non ſunt computandi*, *l.6. qui & a quib.man.* & eleganter Græci;

Vinnius in Inſtitut.

Οὐ χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι θέμασι προσέχειν ἡμᾶς. Plane locus hic accipiendus eſt de fideicommiſſariis particularibus: nam univerſalis fideicommiſſarius, id 5
eſt, cui ex fideicommiſſo reſtituitur hæreditas, loco hæredis eſt, & poſt Senatuſconſultum pro ſucceſſore juris habetur. *§.3.& 4.inf.de fideic.hær.l.1.l.3. de fideicomm.hær.pet.* D.Tulden. *c.8.in fin.*

Quadam conſtitutione noſtra) Calumniantium iniquitas ſæpe flagitat, ut ea, quæ certo jure conſtituta ſunt, novis ſubinde conſtitutionibus ſpecialiter ſint confirmanda: quod etiam in propoſito accidit. Conſtitutio autem Juſtiniani, quo hic ſe refert, haud dubie priori Codici inſerta fuit. Ceterum omiſſa eſt in Codice repetitæ prælectionis edito poſt compoſitionem Inſtitutionum, quem ſolum hodie habemus. Et inepti ſunt, qui hic intelligi putant aut conſtitutionem Zenonis *l.dictantibus 22.C.hoc tit.* aut reſponſum Juriſconſulti *l.qui teſtamento 20.in pr. D.eod.* quando enim ita loquitur Juſtinianus? At ſæpe in his libris conſtitutionum meminit, quæ in poſteriori Codice non habentur, ut in *§.ſed nec 27.inf.de leg.§.pen. inſ. de leg.agn.ſucc.§.3.de ſucc.libert.*

Textus.

De Materia, in qua teſtamenta ſcribuntur.

12. *Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an chartis membraniſve, vel in alia materia fiat.*

Notæ.

12. *In tabulis*) Ligneis dolatis & cera illitis. Hinc tabulæ teſtamenti, vel etiam tabulæ pro teſtamento, & lignum pro tabulis, *l.19.de bon.poſſ. cont.tab.* Juven. *ſat. 13. & 16.* denique & cera pro tabulis. Suet. in *Jul. c.83.* Horat. II. *ſat.5.* Juven. *ſat.15.*

An in chartis) *l.1.l.4.de bon.poſſ.ſec.tab.* de varia materia, qua veteres in ſcribendo uſi. v.Plin. *lib.*XIII. *c.11.*& 12. Alex.Neap.II *gen.dier.* Not.IV. *obſ.1.* Salmaſ. *de mod. uſur. c.10.* Vinn. Addenda omnino Bern.Montfaucon *Palæographia Græca*, & quæ eadem de re diſſeruit Jo.Mabillon in æterno opere *de Re diplom. libro 1.* Hein.

Commentarius.

1. *Unde, quod ceram pro tabulis veteres dixerint.*
2. *Teſtamenta non notis, ſed literis ſcribenda eſſe.*

Antiqui fere in tabulis ligneis teſtamenta & quælibet cautiones ſcribere ſolebant. Ex quo eſt, quod prætores in edictis ſuis de teſtamenti tabulis tantummodo loquuntur: & quod bonorum poſſeſſio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *l.quod vulgo 19.de bon. poſſ.cont. tab.* & inde Juvenalis *ſatyr.13.& 16.* adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, literaſque ſtilo, pri- 1
mum ferreo, poſtea oſſeo, in iis exarabant: unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. *in Jul. cap.83. Quintum Padium ex quadrante hæredem inſtituit; reliquos in ima cera.* Horat. II *ſatyr.5.v.53.*

Sic tamen, ut limis rapias, quid prima ſecundæ Cera velit verſu.

Juvenalis *ſat.* 15. *Accipe ceram, Scribe puer*, id eſt, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poetam uſitatius. Ceterum etiam alia materia uſos fuiſſe conſtat, veluti chartis, membranis ſive pergamenis, foliis & libris quarundam arborum, *l. librorum* 52. *de leg.* 3. add. Plin. *lib.* XIII. *c.*11. & 12. Alex. ab Alex. II. *gen. dier.* 31. Hotom. IV. *obſ.* 1. Si quis curioſior, is adeat D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.*10. Quamvis autem prætor in dandis bonorum poſſeſſionibus tabularum duntaxat mentionem faciat; non eo tamen minus bonorum poſſeſſionem peti poſſe placuit, ſi in alia materia, quæ ad ſcribendum idonea ſit, figura tabularum teſtamentum ſcriptum fuerit. *l.*1. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Atque adeo etſi in charta deletitia & opiſthographo, *l.*4. *eod.* Hodie Notarii, qui fere in teſtamentis adhiberi ſolent, in conficiendis inſtrumentis pergamenis uti ſolent: quanquam ſi in charta papyracea ſcripſerint, non ideo protinus exiſtimandum ſit inſtrumentum nullum eſſe, aut partium jura lædi, ut hic D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere ſermonis, quave lingua quis teſtamentum conſcribat, *l. hac conſultiſſima* 21. *§. ult. l. quoniam* 15. *C. de teſtam.* Ceterum litteris iiſque uſitatis & legibilibus ſcribendum eſſe placuit, non ſignis obſcuriſve notis, *l.*6. *§. ult. de bon. poſſ.* Utique tamen, ſi per notas uſitatas, quibus ſcilicet utimur in deſignanda quantitate, portio hereditaria aut ſumma legati expreſſa fuerit, inſtitutio aut legatum non vitiabitur, *l.*9. *§.*4. *de her. inſt.* VINN. Quam tamen periculoſa aliquando ſit notarum interpretatio, exemplo Galbæ diſcimus, de quo Sueton. *cap.* 5. *Obſervavit ante omnes Liviam Auguſtam, cujus teſtamento pene ditatus eſt. HS. namque quingenties quum præcipuum inter legatarios habuiſſet, quia* NOTATA *non perſcripta erat ſumma, herede Tiberio legatum ad quingenta revocante, ne hæc quidem accepit.* HEIN.

TEXTUS.

De pluribus Codicibus.

13. *Sed & unum teſtamentum pluribus codicibus conficere quis poteſt, ſecundum obtinentem tamen obſervationem omnibus factis: quod interdum etiam neceſſarium eſt; veluti ſi quis navigaturus & ſecum ferre, & domi relinquere judiciorum ſuorum conteſtationem velit: vel propter alias innumerabiles cauſas, quæ humanis neceſſitatibus imminent.*

NOTÆ.

13. *Pluribus codicibus*) Pluribus exemplaribus, *l.* 47. *de legat.* 2. pluribus tabulis, *l.*1. *§.*6. *l. ult. qua in teſtament. del.* ut tamen omnia ſint inter ſe ἰσότυπα, unius tenoris & formæ, ac ſolemnitatis, *d. l. ult.* & facta quaſi teſtamentum; non unum quaſi teſtamentum, aliud quaſi exemplum ſeu ἀπόγραφον. *d. leg.*1. *§.*7. *de bon. poſſ. ſec. tab.* add. Salmaſ. *ubi ſup.*

COMMENTARIUS.

1. *An ut unius teſtamentum in plures codices referri, ita & plurium teſtamenta in unum codicem conferri poſſint?*

PLuribus *codicibus*) Id eſt, pluribus exemplaribus, *l. unum* 24. *hoc tit. l.*1. *§. ſi quis, de bon. poſſ. ſec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. qua in teſt. del.* Ait, *unum teſtamentum.* Nemo enim paganus cum duobus teſtamentis decedere poteſt, ſed prius ſemper rumpitur a poſteriore. Teſtamentum vero, quod quis pluribus codicibus conſignavit, atque eodem tempore ſolemniter complevit, unum atque idem teſtamentum eſt. *l.* 1. *§.*6. *de tab. exhib. l. ult. qua in teſt. del.* Sed & ſi quis in duobus codicibus ſimul ſignatis alios atque alios hæredes ſcripſerit, & utrumque extet, ex utroque quaſi ex uno competit bonorum poſſeſſio; quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro ſupremo, *d. l.* 1. *§. ſed & ſi* 6. *ſec. tab.* quem locum erudite interpretatur D. Salmaſ. *cap.*10. *de mod. uſur. pag.*417. *& ſeqq.* ubi & alia minus trita. 1 An autem, quemadmodum uni licet teſtamentum ſuum in plures codices referre, ita & contrario pluribus liceat ſua teſtamenta conferre in codicem unum, ſive in unius chartæ volumine ſuprema ordinare, unis iiſdemque teſtibus ſeptem ad eam rem convocatis unoque contextu adhibito, quæſitum eſt. Negant Vigl. & Hotomannus: quibus aſſentior. Etenim ut uniuſcujuſque teſtamenti propria conteſtatio eſt, ita & proprium ac ſeparatum inſtrumentum eſſe oportet: admiſſaque illa diverſorum teſtamentorum conjunctione, corrumpatur neceſſe eſt ſubtiliſſimum teſtamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque abſolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. heredes* 21. *§. ult. hoc tit. l. hac conſultiſſima* 21. *l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* In caſu pupillaris ſubſtitutionis patris quidem & filii teſtamentum conjungi poteſt, uniſque ſeptem teſtium ſignis obſignari: ſed hoc ideo receptum, quia pro uno teſtamento habetur, *l. patris* 20. *de vulg. & pup. ſubſt.* ut vel ex eo intelligere liceat, ſingula teſtamenta ſingulas ſeorſum deſiderare ſolemnitates. Diſſ. tamen comm. DD. quorum ſententiam ex profeſſo contra Viglium tuetur Peckius *lib.*1. *de teſtam. conjug. cap.*19. & uſus probavit: hodieque uſitatiſſimum inter conjuges eſt, ut ſimul & unis ſolemnibus adhibitis teſtentur, & tam in ſcriptis quam per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permiſſum fuit, *tit. de teſtam. l.*1. add. Gail. II. *obſ.*117.

Secundum obtinentem obſervationem) Si unius teſtamenti plures ſint codices, poteſt ex unoquoque bonorum poſſeſſio peti, ſed ita, ſi omnes ſint authentici, id eſt, ſi facti ſint tanquam teſtamentum, eodemque tempore adhibita omni ſolemnitate completi. *d. l. ult. de his quæ in teſt. del.* Aliud namque juris eſt, ſi teſtator unum fecerit, non quaſi teſtamentum, ſed quaſi exemplum ſive copiam, uti vulgo loquuntur, *d. l.*1. *§. ſed ſi* 7. *ſecund. tab.* quia ſi ex apographo ſive deſcriptione bonorum poſſeſſio daretur, magna aperiretur feneſtra improbis hominibus ad teſtamenta ſubjicienda, *fac. l.* 2. *de fid. inſtrum.* Quid vero juris erit, ſi ex

ex binis tabulis ejuſdem teſtamenti unas teſtator deleverit aut inciderit? Reſponſum eſt, ex integris hæreditatem adiri aut bonorum poſſeſſionem peti poſſe; niſi hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, probaverint, hoc animo a teſtatore inciſas, ut inteſtatus moreretur. *d.l.ult.qua in teſt. del.* Quid ſi eidem diverſa ſumma legata ſit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus reſpondit, hæredi parcendum eſſe, & tantum quinquaginta deberi, *l. Sempronius 47. de legat.2.*

Quod interdum etiam neceſſarium) Κατα τι: ſi videlicet quis vereatur, ne ſi forte unum tantum exemplar fecerit, voluntas exitum non ſit habitura: quippe cum unum inſtrumentum facile amitti aut alias perire, occultari aut ſupprimi ab hæredibus venientibus ab inteſtato poſſit. *l.unum 24.hoc tit. l.ſi in duobus 10. §.ult. teſt.quem.aper.*

TEXTUS.

De teſtamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de teſtamentis, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt. Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare jure civili teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis & ſua voluntate coram eis nuncupata, ſciat, hoc perfectiſſimum teſtamentum jure civili firmumque conſtitutum.*

NOTÆ.

14. *Voluntate nuncupata*) Palam & clare pronuntiata, ut a teſtibus exaudiri & intelligi poſſit *dd. ll. l.25. eod.* Suet. *in vit. Horat. Deceſſit hærede Auguſto palam nuncupato.* Scriptum teſtamentum etiam clauſum offerri teſtibus obſignandum poteſt, celato nomine hæredis: unde μυςικον Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1. *Communia teſtamento ſcripto cum nuncupativo.*
2. *Qua in re præcipue alterum ab altero diſtet?*
3. *Veteres rarius hæredem nuncupare ſolitos fuiſſe, quam ſcribere, & quare?*
4. *Modi ſeu forma teſtandi, quibus in hiſce regionibus fere utimur.*
5. *An teſtamentum ſecundum ſtatutum aut conſuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum?*

HOc §. breviter comprehenſa eſt forma teſtandi ſine ſcriptura ſive per nuncupationem: quæ teſtandi ratio tota eſt a jure civili: nam prætorii teſtamenti præcipua ſolemnitas conſiſtit in obſignatione teſtium, cui ſine tabulis locus eſſe non poteſt. Ceterum prætor ut cuſtos juris civilis, etiam ſecundum nuncupationem bonorum poſſeſſionem dat. *l.8.§.ult.ſec.tab.l.2.C.eod.*

1 *Septem teſtibus adhibitis*) Teſtamento nuncupativo quædam communia ſunt cum ſcripto, veluti numerus teſtium, eorumque conditio, & teſtationis unus contextus. Oportet quoque hic æque teſtes rogari, aut certe admoneri, cujus rei gratia collecti ſint, *l. hæredes 21.§.pen.hoc tit.l.hac conſultiſſima 21. §.per nuncupationem 2.C.eod.* Olim etiam neceſſe fuit, ut is, qui per nuncupationem teſtaturus erat, formalibus verbis teſtes præmoneret, ſe ideo eos convocaſſe, quod ſine ſcriptura teſtamentum facere conſtituiſſet. Sed cum ex ipſa nuncupatione ſatis appareat, qua forma quis teſtari cogitet, Juſtinianus id ſuſtulit *l.in teſtamentis 26.C.eod.* Quid vero, ſi de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum e teſtibus adhibitis, cum teſtator ex ſcheda, in qua memoriæ cauſa voluntatem exceperat, recitato teſtamento hæredem pronuntiaſſet, ſubſignaſſe & ſubſcripſiſſe. Et vulgo recte placuit, propter ſuperfluam ſolemnitatem non debere vitiari teſtamentum, quod utique omiſſa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Plane ſi conſtet, ſcripturam, quæ profertur, ad teſtamentum faciendum paratam eſſe, aliud dicendum erit. *l.ex ea 29.hoc tit.*

Et ſua voluntate nuncupata) In hoc maxime diſtat 2
teſtamentum, quod ſine ſcriptura fit, a teſtamento ſcripto: nam ſcripturam teſtamenti poteſt teſtator, ſi ita illi videbitur, clauſam coram teſtibus proferre, teſtarique, ſuum hoc eſſe teſtamentum, celato nomine hæredis, quam ob cauſam hoc teſtamentum myſticum dictum. Nuncupare hæredem, eſt, lingua & verbis pronuntiare: unde nuncupare hæredem & hæredem pronuntiare pro eodem uſurpantur, *l. ſi is qui 25. hoc tit.* Gloſſ. Baſil. *nuncupatio, ἐκφώνησις ἄγραφος.* Palam autem voluntas hic nuncupanda eſt: non utique publice aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando ſignificat, veluti cum mulier dicitur palam corpore ſuo quæſtum facere: ſed clare & intelligenter, ſic ut a teſtibus exaudiri & intelligi poſſit, *d.l.hæredes. 21.in pr.hoc tit.d.l.hac conſultiſſima 21.§per nuncupationem 2.C.eod l.ult.de jur.cod.* ita Suetonius in vita Horatii; *Deceſſit hærede Auguſto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non ſufficeret ad obſignandas teſtamenti tabulas.* Proinde quod in teſtamento ſcripto neceſſarium non eſt, *l.qui teſtamento 20.§.pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino neceſſarium putamus, ut teſtes intelligentiam habeant ſermonis teſtatoris: quod etiam *fac.l.coram 209.de verb.ſign.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in ſcriptis teſtamentis uſurpata nuncupatio: ſed in his ſignificat generalem illam teſtationem voluntatis, cum teſtator tabulas teſtamenti tenens apud eos, qui ut teſtes eſſent, rogati erant, teſtabatur, id ſuum teſtamentum eſſe, non nuncupationem hæredis. Ulp. *tit.20.§.8.*

Perfectiſſimum) Reſpectu ſcilicet effectus, quem non minorem habet, quam teſtamentum ſcriptum; quod alioqui ratione ſolemnitatis perfectius eſt. Etſi autem 3
ratio teſtandi per nuncupationem longe expeditior eſt, quam per ſcripturam: tamen teſtamenta nuncupativa minus uſitata veteribus fuiſſe, quam ſcripta, argumento eſt, quod paſſim tabularum teſtamenti & hæredum ſcriptorum in libris noſtris mentio fit: raro nuncupationis. Cujus ego rei duplicem eſſe cauſam reor, tum quod in teſtamento ſcripto neceſſe non eſt pandere ea, quæ ſcripta ſunt: quæ celari ſæpe intereſt & ipſius teſtatoris & hæredum, ceterorumque, quibus aliquid relinquitur: quam utilitatem teſtamentum

nuncupativum non habet: tum quia ſcripti teſtamenti fides ſubſcriptionibus & ſignis teſtium confirmatur; ex quo fit, ut etiamſi teſtes deceſſerint, ratum nihilominus illud maneat: nuncupativi autem teſtamenti fides tota pendet a depoſitione teſtium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cum non ſint, aut pauciores ſint, quam requiruntur, qui ſiſti iterum poſſint, & in judicio teſtimonium dicere, neceſſe eſt irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo poſtea occurſum eſt adhibito tabulario, qui voluntatem coram teſtibus nuncupatam acciperet, ac rem geſtam ſcripturæ ſuæ auctoritate confirmaret: cujuſmodi ſcripturæ & inſtrumenta tabellionum ſola per ſe citra novum teſtium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent: nec tamen quod ita factum eſt, ideo mox deſinit eſſe teſtamentum nuncupativum, cum ſolius probationis gratia ſcriptura interveniat, non quod ſit de ſubſtantia teſtamenti: quanquam non negaverim, habere hoc genus teſtamenti nonnihil, quod naturam ſcripti teſtamenti ſapiat. De quo vide Sichard. *in l. hac conſultiſſima. 21. §. per nuncupationem 2. num.*
4 *2. C. hoc tit.* In his regionibus etſi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum teſtamentum condere, duobus tamen potiſſimum modis teſtamenta confici ſolent; uno coram duobus decurionibus ſive Scabinis & Secretario loci, in quo teſtamentum fit, ſive in agro ſive in oppido, quæ forma teſtandi reſpondet publicationi teſtamentorum apud acta judicum vel municipum. *l. omnium 19. C. hoc tit.* altero coram Notario & duobus teſtibus. Qui modus fere ſolus eſt in uſu vulgi. Gudelin. *de jur. nov. lib. II. cap. 5.* Grot. *lib. II. introd. c. 17.* Exhæredatio liberorum hoc amplius requirit, ut teſtes ſint Scabini: quod arguit formula juramenti a Notariis in ingreſſu muneris præſtandi: & cautum edicto quodam Caroli V. Groenew. *de ll. abr. hic.* Notarius teſtatorem noſſe debet: ſin minus, ipſi teſtes, quos id quoque teſtificari oportet. Voluntas voce nuncupata a Notario ſcripto comprehendi ſolet & in protocollum referri: unde poſtea petenti teſtatori ſolemne inſtrumentum conficiatur. Quin uſu etiam receptum eſt, ut Notarius receptam in ſcheda voluntatem teſtatoris ipſe recitet ac teſtibus prælegat, deinde teſtatorem interroget, an omnia bene perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque ſupremam ſuam eſſe voluntatem agnoſcat: atque approbante teſtatore, teſtamentum perfectum cenſetur, etiamſi neque teſtatoris neque teſtium ſubſcriptiones aut ſignacula habeat, Groenew. *d. loc.* D. Jac. Coren. *obſ. 10.* In quo longe receſſum eſt ab antiqua ratione teſtandi per nuncupationem, quæ pro forma requirebat, ut ipſe teſtator ſingula pronuntiaret, nuncuparetque ſua voce omnia, quæ poſt mortem ſuam fieri vellet. Quod ſane eo diligentius obſervandum erat, quia ad perfectionem hujus teſtamenti nihil amplius jus civile deſiderabat. Nunc autem admiſſa prælectione aliena facile teſtatori imponi poteſt. Quid enim ſi Notarius aliquid addiderit de ſuo, quod teſtator præſertim ægrotus non
5 animadvertat? Hæc etiam vulgo nota ſunt. Quæſitum eſt, an teſtamentum juxta alicujus loci conſuetudinem aut ſtatutum factum etiam vim habeat extra illum locum: exempli gratia; teſtator ibi teſtamentum fecit, ubi coram duobus teſtibus & Notario teſtari licet, ut in hac noſtra Batavia; quæritur an valeat etiam in iis locis, ubi ſeptem teſtes requiruntur, uti in Friſia, ubi ſequuntur jus civile? Affirmant comm. DD. *in l. 1. C. de ſum. Trin.* Viv. I. *opin.* 36. Coraſ. *de jur. art. p. III. cap.* 13. Covar. II. *de ſponſ.* §. 7. *num.* 8. Coſtal. *ad l. 6. de evict.* Anton. Perez. *in C. de teſtam. num.* 21. & ſecundum hanc ſententiam ſæpiſſime judicatum. Guid. Pap. *deciſ.* 262. Teſſaur. II. *quæſt. for.* 8. Mynſ. V. *obſ.* 19. & 20. Gail. II. *obſ.* 123. Joan. a Sande *lib. IV. tit. 1. defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium eant, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda ſit communis interpp. ſententia: at circa res ſoli ſpectandum jus ejus loci, in quo ſitæ ſunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicunque ſunt, ibi ſint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri poſſint, perſonam ſequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuuſque ſitus eſt, regi ſecundum conſtitutiones loci cujuſque poſſeſſionis, per *l. 4. C. de jur. fiſc. l. ult. de juriſd.* ita conſtanter Manſuet. *in ſua prax. tit. de ſucceſſ.* Buſ. *ad l. 6. de evict.* Nic. Burg. *ad conſuet. Flandr. tr. 6.* Chriſtin. *vol. II. deciſ.* 3. 4. & 5. & *vol. IV. deciſ.* 5. & 10. Mihi prior ſententia probabilior videtur, multumque referre, utrum ſtatutum diſponat circa ſolemnitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve. Quæ ſtatuta in rem concipiuntur. Qualia ſunt, quæ de ſucceſſione ab inteſtato diſponunt, rem ipſam haud dubie afficiunt, ut ubicunque ſit, ejus loci, ubi eſt, legibus obſtringatur. Idemque habendum de ſtatutis, quæ circa habilitatem perſonarum diſpenſando aliquid diſponunt. Gail. *d. lib. obſ.* 124. & *alii, ubi ſup.* Coraſ. *dict. p. III. cap.* 14. Gomez. *ad l. 3. Tauri n.* 20. Quæ autem ſtatuta diſponunt circa actus ſolemnitatem duntaxat, cum neque rem afficiant, neque perſonam actum celebrantis, ſed ipſam ſolummodo diſpoſitionem, quæ fit in loco ſtatuti vel conſuetudinis, rationi & juri conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita; quoniam actuum ſolemnia ad eorum ſpectant juriſdictionem, in quorum territorio celebrantur, *per l. 6. de evict. l. 3. in fin. de teſtibus, l. 2. C. quemad. teſt. ap. facit l. 9. & l. ult. C. hoc tit.* & alias contra rationem juris teſtato decedere volenti plura teſtamenta eſſent condenda, aut, quod abſurdum eſt, plurium locorum conſuetudines in uno teſtamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis eſt teſtamenti, ſecundum diverſa loca dijudicari. Peck. *de teſt. conjug. lib. IV. cap. 28. in fin.* D. Joan. a Sande *dict. defin.* 14. ubi contraria ſcite expedit, & prudenter temperat novam quandam diſtinctionem Fachinæi. Adde, quæ nos *lib. II. ſelect. quæſt. cap.* 19. Plane, ſi lex expreſſe teſtatores ſequi jubeat jus loci, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt. Talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ emiſſa anno 1611. cujus meminerunt Burgund. Chriſtin. Tuld. *C. h. t.* & Peretius *ad. loc.*

TITULUS UNDECIMUS.

DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare teſtamentum quid hic ſignificet?

Diximus ſub rubrica præcedentis tituli, duo eſſe teſtamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur; alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita ſunt de ordinandis teſtamentis, ea ſolum pertinent ad teſtamenta paganorum: militaria, de quibus porro nunc agitur, legibus iſtis ſoluta ſunt. Militaria autem teſtamenta hic non accipimus omnia, quæ facta ſunt a militantibus, id eſt, his, qui in numeros relati ſacramento tenentur; ſed quæ facta ſunt jure militari. Poſſunt enim & milites jure communi teſtari, *l.3. hoc tit.* imo debent, cum extra caſtra verſantur: ſed cum in expeditionibus occupati ſunt; proprio jure & privilegiario teſtandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad ſolemnitatem condendorum teſtamentorum pertinent. Itaque teſtamentum militis ſive militare in cauſa propoſita id ſolum intelligitur, quod a milite factum eſt in expeditione, jure militum proprio.

TEXTUS.

In militum teſtamentis ſolemnitates remiſſæ.

Supradicta diligens obſervatio in ordinandis teſtamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum conſtitutionibus Principalibus remiſſa eſt. Nam quamvis ii neque legitimum numerum teſtium adhibuerint, neque aliam teſtamentorum ſolemnitatem obſervaverint, recte nihilominus teſtantur, videlicet cum in expeditionibus occupati ſunt. Quod merito noſtra conſtitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus ſuprema inveniatur, ſive ſcripta ſive ſine ſcriptura, valet teſtamentum ex voluntate eius. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum neceſſitatem in aliis locis, vel ſuis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed teſtari quidem, etſi filiifamiliarum ſint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi, eadem obſervatione & in eorum teſtamentis adhibenda, quam in teſtamentis paganorum proxime expoſuimus.

NOTÆ.

Noſtra conſtitutio) *l. pen. C. h. t.* id tamen & antea obtinuiſſe videtur. *l.1. l. 15. C. eod.*

Quoquo modo) Sive in clypeo, ſive vagina, ſive in pulvere. *εις την γην τῳ ξιφει l.15.C.eod.* Synopſ. Attal. *tit. 34.*

Suis ædibus) In nonnullis eſt *ſedibus*, teſtib. Vigl. & Giphan. & ita Cont. Weſ. Fabrot. Sedes militum ex adverſo opponuntur expeditioni. Veget. *lib.* III. *cap.* 4. *& ult.* Th. *σεδέτοις*, id eſt, ut Schol. §. 3. *inf.* *προεδρίαις*, in ſtativis aut hybernis. Sedeta ſunt ſtationes, *l.8. C. de Epiſc. aud.* loca, ubi milites otioſe commorantur. Lapſus hic eſt Cujac. *conſult.* 49.

Propter militiam) *tit. proxime ſeq.* Significat filiosfam. militantes idem jus habere, quod patresfam. ſtipendia item merentes; ut in expeditionibus jure militari, alias jure communi de peculio caſtrenſi teſtari poſſint.

COMMENTARIUS.

1. *Imperitiam militum non eſſe cauſam principalem privilegii militaris, ſed periculorum functionem.*
2. *Militibus remiſſa omnia, quæcunque ſubtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ſive ea ad conſtitutionem teſtamenti pertineant, ſive ad infirmationem.*
3. *In hybernis aut præſidiis locatos jure privilegiario teſtandi poteſtatem non habere, & num. 5.*
4. *Vaginam, clypeum, pulverem militi charta loco eſſe poſſe, enſem pro calamo, ſanguinem pro atramento, &c.*
6. *Etiam filiosfam. milites jure militari in caſtris teſtandi licentiam habere.*

Propter imperitiam eorum) Cauſa beneficii, cujuſmodi etiam mandatis inſerta eſt eo capite, quod extat in *l.1. hoc tit.* & reſcripto Antonini, *l.3. C. eod.* quibus locis hoc beneficium conceſſum traditur propter eorum ſimplicitatem: hoc enim eſt, propter imperitiam. Nam cum ſimplicitati ut plurimum adjuncta ſit rerum imperitia: imo vero cum ex imperitia naſcatur ſimplicitas: hinc factum, ut ſimplicitas Latinis interdum ſignificet imperitiam. Ut in illo Naſonis; *Heroid. ep. 2. v. 63.*

Fallere credentem non eſt operoſa puellam
Gloria; ſimplicitas digna favore fuit.

Idem quoque ſignificatur in *l. ult. in pr. C. de jur. delib.* cum milites dicuntur arma magis, quam jura ſcire. Atque huc accommodari aliquo modo poteſt, quod Tacitus ſcribit in *vita Agricol. cap.* 9 *Caſtrenſis juriſdictio ſecurior eſt, ac plura manu agens calliditatem fori non* [illegible]. At enimvero non eſt hæc ratio adæquata, neque ſimplicitas militaris aut ſola eſt hujus privilegii cau-

cauſa, aut principalis. Non ſola: alioqui enim & fœminis & ruſticanis idem privilegium concedi oportuiſſet, & militibus concedi ſine exceptione temporis aut loci, & cum procul dubio multi etiam legum & juris periti ſtipendia fecerint, hos excipi. Non principalis; quia extra caſtra & tempus expeditionis privilegio uti non poſſunt. Principalis vero cauſa eſt, quam Ulpian. expreſſit *l. un. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus & caſtris ſunt; quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & ſeſe continendi neceſſitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore ſuo jure teſtari licet, & aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujuſmodi periculis & hoſtico, aut procinctu deprehenſis, ſi ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint, quoquo modo poſſint, teſtari permiſſum. *d. l. un. l. ult. hoc tit.* VINN. Quum id privilegium militibus conceſſum ſit ab eo tempore, quo jam mercenaria militia loco ſelectæ invaluerat; non inepte credideris veram ejus cauſſam eſſe, ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HEIN.

Conſtitutionibus Principalibus) Primus Julius Cæſar, ut auctor eſt Ulpian. *d. l. 1. hoc tit.* liberam militibus teſtamenti factionem conceſſit, ceterum eam conceſſionem ait fuiſſe temporalem; poſtea vero primum Titum, & poſt hunc Domitianum eandem libertatem iterum dediſſe; ac demum pleniſſimam indulgentiam in milites collatam a Nerva, & qui eum ſecutus eſt, Trajano; exinde hoc perpetuo privilegio milites uſos, ut quoquo modo teſtati eſſent, rata eſſet eorum voluntas.

Neque aliam teſtamentorum ſolennitatem obſervaverint) Puta in continuatione actus, in rogatione, ſubſcriptione & ſignatione teſtium. Itaque quamvis teſtes adhibiti uno contextu actus teſtati non ſint, quamvis teſtes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per ſcripturam teſtantes non curaverint tabulas ſubſcribi aut ſignari; nihilominus tamen recte teſtati intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro teſtamento ſervari, quam aliorum ſolemnem diſpoſitionem, *l. 1. & paſſim hoc tit. & C. eod.* Porro autem non in eo dantaxat conſiſtit privilegium militum, quod teſtamenta eorum non ſint adſtricta legibus, quæ ad externas illas ſolemnitates, numerum, rogationem, ſubſcriptionem, obſignationem teſtium pertinent: ſed in ceteris etiam partibus, ſive illæ ad conſtitutionem teſtamentorum pertineant, ſive ad infirmationem. Quæcunque ſubtilitatem magis quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remiſſa ſunt, ut in univerſum recte definit Duar. *c. 4. ad hunc tit.* Proinde etſi miles liberos, quos in poteſtate habet, ſciens præterierit; *l. ſicut 9. & ſeq. C. hoc tit.* ſive hæredem ex die aut ad diem inſtituerit, ſive alias pro parte teſtato, pro parte inteſtato deceſſerit; *l. 6. l. in fraudem 15. §. miles 4. l. ſi duobus 37. l. miles 41. eod. l. 8. C. eod.* ſive eum, quicum teſtamenti factio non eſt, hæredem fecerit; *l. idem 13. §. 2. eod.* ſive filio emancipato aut cuicunque extraneo in ſecundum caſum directo ſubſtituerit, *l. 5. d. l. miles 41. §. 4. eod.* ſive hæreditatem codicillis directe dederit; *l. militis 38. eod.* ſive ſolis liberis, non [illegible] ſibi teſtamentum fecerit; *d. l. in fraudem 15. §. pe*[illegible] *miles 41. §. ult.* nihilominus recte teſtatur, & voluntas ejus prout jacet, cuſtoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. ſi certarum 17. in fin. hoc tit. l. 12. C. eod. l. 7. C. ad leg. Fal.* Jure communi nunquam per ſe nuda voluntas teſtatoris ad infirmandum teſtamentum valet: invito eo multis modis infirmatur, *inf. quib. mod. teſt. inf.* Ex contrario ſola militis voluntas ad infirmandum ſufficit, *d. l. in fraudem 15. §. 1.* invito autem eo, extra caſum maximæ aut mediæ capitis deminutionis, *l. 6. §. ſed ſi quis 6. & ſeqq. de injuſt. rupt. teſt.* teſtamentum ejus non infirmatur. Non agnatione aut quaſi agnatione ſui hæredis, *l. 7. & ſeq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *l. 9. & d. l. militis 36. §. 2. eod.*) non ipſius adoptione aut adrogatione, *l. miles 22. & ſeq. eod. §. pen. inf. eod.* non alio denique teſtamento poſtea facto, ſi modo & prius valere voluerit. *l. quærebatur 19. eod.* Hæc ſumma eſt, quædam diligentius exequentur inferius.

In expeditionibus) Expeditio dicta, quod milites ſint expediti ad confligendum cum hoſte, quandocunque caſus ingruat. Itaque expeditio non eſt conflictus ipſe, neque etiam tempus belli; ſed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut ſunt adverſus hoſtem, ſive eum perſequantur, ſive cum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem ſuſtineant ac propulſent. Caſſiodorus 1. *var.* 17. *Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota prœlii, non debet aliis cogitationibus occupari*. Præſidia, hyberna, ceteraque loca, in quibus militem extra caſtra commorari neceſſe eſt, ſedes appellantur. Veget. *lib. III. de re mil. cap. 4. & ult.* Salluſt. *in Jugurth. cap. 37. Milites menſe Januario ex hybernis in expeditionem evocat.*

Quod merito noſtra conſtitutio introduxit) *l. pen. C. hoc tit.* An igitur ante hanc conſtitutionem Juſtiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocunque loco & tempore jure proprio teſtari potuerant? Id quidem Viglius affirmat: ſed ego ambigo. Nam & in *l. 1. C. hoc tit.* quæ Antonini eſt, & in *l. milites 15. C. eod.* quæ eſt Conſtantini, expeditionis expreſſa fit mentio: & ratio privilegii, periculorum functio, quam affert Ulpian. *l. un. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* ceſſat, cum in caſtris & expeditione non ſunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic teſtari potuiſſe, quaſi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum reſtitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodeſſe Juſtinianus voluit, quæ in expeditione currunt. *l. ult. C. de teſt. mil. l. ult. C. quib. non obj. long. temp. præſcr.*

Quocunque enim modo voluntas ejus, ſive ſcripta ſive non ſcripta) Scripta quidem valebit etiam, nullis teſtibus adhibitis: nuncupata duobus probari poterit. 4 Quinimo militi jamjam in hoſtem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco eſſe poſſunt, & notæ pro literis, *l. Lucius 40. hoc tit.* ſanguis pro atramento, enſis pro ſtilo, penna aut calamo, *l. milites 15. C. eod.* Ceterum hoc caſu crediderim alio quo opus eſſe teſtimonio, ut de eo conſtare poſſit, cum vix ſit, ut ex hujuſmodi ſcriptura manus alicujus agnoſci queat, aut per comparationem litera-

rum

rum probari. Etſi enim voluntas militis quomodocunque declarata rata eſt: ea tamen legitimis probationibus oſtendi debet, *d. l. Lucius.* 40. quod & Joan. Faber notat.

Vel ſuis ædibus) Ita etiam legitur in utraque modo allegata conſtitutione, *& l. ult. C. de poſſ. rev.* in Baſilicis, teſte Cujacio, ἐν τοῖς ἰδίοις ἀπλοῖς, Theophilus pro eo habet, ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σίδετοις. σίδετα autem eſſe Hotomannus ſcribit, quæ Latini *ſtativa* appellant. Ant. Auguſtinus *in l.* 18. *C. de Epiſc.* *aud.* vertit *ſtationes*. Suidas *foſſata* eſſe tradit. Et ita, σίδετον apud Ruffum de legib. militar. pro φοσσάτῳ. Ego exiſtimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quam pugnandi cauſa habentur, puta hybernacula, aut ubi in præſidiis ſunt, ἔνθα διάγειν αὐτοὺς ἀνάγκη, (ſic enim ipſe interpretatur) donec expeditio aliqua ſuſcipiatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverſo opponuntur expeditioni. Veget. *lib.* III. *cap.* 4 *Ita exercitati & eruditi in ſedibus milites, cum ad expeditionem ex diverſis convenerint locis &c.* Idem *eod. lib. cap. ult. Milites pœna & timor in ſedibus corrigunt, in expeditionibus ſpes & præmia faciunt meliores.* Atque hoc etiam loco non *ædibus*, ſed *ſedibus* Contius & Weſembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius teſtantur.

5 Puto autem, falſum eſſe Cujacium, qui ex facto conſultus *conſult.* 49. reſpondit, milites etiam in hybernis & præſidiis locatos ibidem jure privilegii ſui teſtari poſſe. Nam qui ſunt in hybernis aut præſidiis, neutiquam dici poſſunt eſſe in expeditione aut caſtris, quod tamen expreſſe requiritur & hoc loco & §. *ſed hactenus* 3. *inf. eod.* Ceſſante autem cauſa privilegii & ipſum ceſſat privilegium, *per vulgat.* VINN. Cum Cujacio faciunt & alii, veluti Hoenon. *ad Inſt. h. t.* Gothofred. ad *l. pen. C. h. t.* Struv. *Exerc. ad ff. h. t.* §. 4 Sed Vinnii tamen ſententia magis conſentanea eſt *l. pen. C. h. t.* juncta *l. un. ff. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* Conf. Tim. Fab. *Diſp. Anniv.* 18. §. 16. HEIN.

Et ſi filiiſam. ſint, &c. jure tamen communi) Ex his verbis Porcius colligit, filiosfam. jure militari teſtari non poſſe: quo nomine merito reprehenditur a Viglio.

6 Locus planus eſt & apertus. Reſtrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati ſunt in expeditionibus; ne quis vero ex eo putaret, milites & maxime filiosfam. alio tempore non poſſe teſtari ullo modo, ſubjicit, poſſe quidem etiam milites extra caſtra & expeditionum occupationes teſtari, & poſſe etiam filiosfam. de quibus ſolis, cum a privilegio militari receſſeris, juſte dubitari poterat; ſed non aliter omnes & filiosfam. de caſtrenſi peculio tunc poſſe, quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosfam. milites in expeditione occupatos jure militari teſtari poſſe, ſed ait, eos etiam, cum in expeditione non ſunt, teſtari poſſe; verum tunc non aliter, quam jure communi, ſignificans, eos idem jus utrobique habere, quod patresfam. ſtipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quam inepti ſint, qui militibus ordinum quorundam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltenſibus, privilegium jure militari teſtandi aſſerunt, quaſi ulla in hac cauſa ratio habita ſit nudæ dignitatis aut militiæ honorariæ. vid. Duar. *in hunc tit. cap.* 3.

Paganorum) Pagani proprie dicti ruſtici, villani, κωμῆται ſeu vicani. Hic autem & paſſim in libris noſtris opponuntur militibus, eoque nomine ſignificantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & caſtrenſe, in paganico & in caſtris, ἀντικείμενα. A ſcriptoribus Eccleſiaſticis, & in conſtitutionibus Impp. Chriſtianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile eſt, inde nata, quod cum urbes fere omnes ſub Conſtantino fidem Chriſtianam amplexæ eſſent, tamen adhuc diu poſt in agris & pagis hæſit religio gentilis, & reliquiæ ethniciſmi. VINN. Alii paganos dictos Deorum cultores exiſtimant, quod Chriſto non militent. Sed Vinnii ratio ſolida eſt. Nam & Oroſius in *præf. libri* I. *Ex locorum*, inquit, *agreſtium compitis & pagis pagani vocantur*. Et Prudent. *in Roman. v.* 296. eos ideo vocat *pago deditos*, itemque pago implicitos, *adv. Symmach. lib.* 1, *v.* 620. HEIN.

TEXTUS.

Reſcriptum D. Trajani.

1. *Plane de teſtamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita reſcripſit.* Id privilegium, quod militantibus datum eſt, ut quoquo modo facta ab his teſtamenta rata ſint, ſic intelligi debet, ut utique prius conſtare debeat, teſtamentum factum eſſe: quod & ſine ſcriptura, & a non militantibus quoque fieri poteſt. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem ſuam teſtaretur, ita loquutus eſt, ut declararet quem vellet ſibi hæredem eſſe; & cui libertatem tribueret: poteſt videri ſine ſcripto hoc modo eſſe teſtatus, & voluntas ejus rata habenda eſt. Ceterum ſi, (ut plerumque ſermonibus fieri ſolet,) dixit alicui: Ego te hæredem facio, aut: Bona mea tibi relinquo. Non oportet hoc pro teſtamento obſervari. Nec ullorum magis intereſt, quam ipſorum, quibus id privilegium datum eſt, ejuſmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter poſt mortem alicujus militis teſtes exiſterent, qui affirmarent, ſe audiſſe dicentem aliquem, relinquere ſe bona, cui viſum ſit. Et per hoc vera judicia ſubverterentur.

NOTÆ.

1. *Et a non militantibus*) Ita quoque in *d. l.* 24. Fabrotus mavult *ut a non militantibus quoque*, quomodo legiſſe videtur vetus Inſtit. interpres Gallicus, qui eſt in Biblioth. Reg. Verba citat Fabrot. quod valde placet.

Ut

Ut autem a non militantibus jure communi, ita a militantibus jure etiam privilegiario.

Convocatis hominibus) Saltem duobus, per *l. 12. D. de teſtib.* etiam ſine ſolemni illa rogatione aut præmonitione, quæ jure communi neceſſaria, *l. 21. ſ. pr. h. t.* nam utique etiam ſine ea conſtare poteſt de voluntate militis, quod ſolum requiritur. Et ideo ſcripta militis voluntas, etiam nullis teſtibus adhibitis, rata eſt, per *l. 1. in fin. pr. l. 25. §. 1. eod.*

Commentarius.

1. *In ſcripto militis teſtamento teſtibus opus non eſſe, in nuncupativo contra.*
2. *Quot teſtes a milite per nuncupationem teſtante adhibendi?*
3. *An rogatio teſtium in teſtamento militari neceſſaria ſit?*

Divus Trajanus ita reſcripſit) Recitatur hoc idem reſcriptum a Florentino in *l. Divus 24. hoc tit.* Sententia reſcripti hæc eſt; voluntatem militis qualemcunque, etiam eam, quam ſine ſcripto protulit, pro teſtamento obſervari: ceterum prius eſſe, ut conſtet appareatque, ſerio atque animo teſtamenti faciendi militem verba pronuntiaſſe, hoc ut doceatur ipſorum militum maxime intereſſe, ne vera & ſeria eorum judicia ſubvertantur.

Et a non militantibus quoque) Giphanius legendum putat dempta negatione, *a militantibus*. Quia, ut ait, alienum ſit hic agere de non militantibus. Sed ratio iſta tanti non eſt, ut propterea a conſentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum ſit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo, quod his conceſſum eſt, arguatur quod militantibus licere debeat. Argumentum a pari eſt; *Si licet non militantibus ſine ſcriptura teſtari*, intellige ſecundum ſolemnitatem, quæ jure communi in teſtamento non ſcripto requiritur: *etiam militantibus licere debet eodem modo teſtari*, ſcilicet citra ſolemnitatem. Nam ut ex verbis reſcripti patet, conſultus fuit Trajanus de teſtamento militis, quod hæredes ab inteſtato eo prætextu impugnabant, quod id ſine ſcriptura factum eſſet. Atque ita quoque Theophilus, quem falſo Giphanius aliter legiſſe exiſtimat, Fabrotus in *not. ad Theoph.* mavult legi, *ut a non militantibus quoque*. Quod valde placet. Vinn. Sed ſenſus idem manet, ſi et retineas. Nihil ergo opus eſt emendatione. Hein.

Convocatis ad hoc hominibus) Ex his conſtitutionis verbis triplex orta controverſia eſt; una de neceſſitate
1 adhibendorum teſtium in teſtamento militis; altera de numero; tertia de eorum rogatione. De prima aſſentior Viglio, Cujacio, Hotom. Bach. ſcilicet intereſſe: utrum miles per nuncupationem & ſine ſcriptura teſtetur, an per ſcripturam: in nuncupatione omnino teſtibus opus eſſe; quod etiam hic locus expreſſe exigit: & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata conſtare poterit? In ſcripto autem teſtamento etſi nulli teſtes a milite adhibiti ſint, ratam tamen eſſe militis voluntatem, utpote de qua per ſcripturam & manum ipſius teſtatoris, quæ legitima probatio eſt, conſtare poteſt. Nihil autem amplius exigitur, quam ut de voluntate militis quocunque modo teſtata conſtet.

De numero teſtium adhibendo a milite, per nuncupationem 2
teſtante, ſic ſentio, neque unum teſtem, quod putat Theophilus, ſufficere, neque plures exigi, quam duos. Illud, quia conſtitutio plurali numero utitur, neque unius teſtimonium legitimum eſt, quale tamen omnimodo requiritur, *l. Lucius. 40. hoc tit.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta eſt, *l. 12. de teſtib.* Atque ex ratione juris gentium, quod ſolum in teſtamentis militum conſideratur, ad probationem alicujus actus duorum teſtimonium ſufficit. De rogatione teſtium, quod tertium erat, eam 3
non exiſtimo in militari teſtamento eſſe neceſſariam. Primum, quia rogatio illa eſt pura puta ſolemnitas: in militaribus autem teſtamentis ſolemnitates omnes remiſſæ: deinde quia hæc omnium ſolemnitatum ſcrupuloſiſſima eſt & ſubtiliſſima, longiſſimeque recedit a ſimplici ratione juris gentium, quæ ſola regula eſt militarium teſtamentorum. Denique contraria ſunt, dicere, nudam & ſimplicem voluntatem ſufficere, & deſiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quin falſum ſit, quod Hotomannus poſt Jo. de Platea & Angelum ſcribit, ne militem quidem ſine certa teſtium advocatione, monitorum, ut ei actioni operam dent, teſtamentum conficere poſſe. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus*. Quippe quæ hic non diſpoſitive, ſed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de militis voluntate, ſine ſcriptura teſtati, certo conſtare poſſit. De eo enim præcipue hic agitur, atque hoc tantum cavetur, ne quilibet militis ſermo temere pro vero ejus judicio capiatur, cum ſæpe ſoleant homines præſertim merito alicujus provocati, jactare & dicis cauſa aliquid proferre, & civiliter magis, quam ex animo loqui. At ubi certo ex circumſtantiis liquet, ſerium eſſe, quod miles prolocutus eſt, & profectum ab animo teſtamentum condere volentis, voluntas ejus etiam ex hac ipſa conſtitutione ſervanda eſt. Atque ut certius de ea conſtare poſſe concedamus, ſi teſtes ad hoc ſpecialiter ſint convocati, aut cum alterius rei cauſa conveniſſent, præmoniti, cui rei eos adhiberi placeret; conſtare tamen etiam poteſt ſine formali iſta ſive rogatione ſive præmonitione. Quid enim ſi miles, forte poſtridie in aciem educendus, in tentorio præſentibus aliquot commilitonibus ſuis dixerit; *Ego Titium hæredem facio, ejuſque rei vos mihi teſtes eſſe volo?* Certe hic præter teſtium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione juris gentium poteſt. Poſtremo ſi paganis rogandi teſtes neceſſitas in codicillis remiſſa eſt; *l. ult. in fin. C. de codicill.* quanto minus in teſtamento militis ea requirenda, quod iis ipſis etiam legibus, quibus codicillos conſtitutio civilis adſtringit, ſolutum eſt?

Plerumque ſermonibus fieri ſolet) Puta in conviviis, circulis, ac congreſſionibus familiarium, ubi nonnunquam leviter quædam effundimus, & jactamus magis quam ſerio agimus aut loquimur. Et male ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum ſit & pro teſtamento ſervandum, quod miles nuncupavit, non tam pendere ex militis voluntate, quantumvis ſerio teſtibus expoſita, quam ex convocatione teſtium & teſtimonii denuntiatione: cum hoc tantum hinc recte col-

colligatur, non quemvis ſermonem militis quocunque loco coram quibuſvis prolatum pro teſtamento continuo habendum eſſe; ſed inſpiciendas eſſe circumſtantias, nec aliter, quam ſi ex his appareat, animum condendi teſtamenti militem habuiſſe, ratum eſſe oportere, quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam conſtare poteſt ſine teſtimonii denuntiatione. Et qui de præſentia ſua falſo deponunt, eadem opera ſe vocatos & rogatos eſſe mentientur.

Vera judicia ſubverterentur) Quamobrem merito notatur Domitianus, quod alieniſſimas hæreditates confiſcabat, vel uno exiſtente, qui diceret, audiſſe ſe ex defuncto, cum viveret, hæredem ſibi eſſe Cæſarem. Sueton. *in Domitiano*, *c.* 12. Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem nunquam admiſerunt, *l. ult. qui teſt. fac. l. pen. de hær. inſt. l. res qua* 22. *§.* 2. *de jur. fiſc.* §. *ult. inſ. quib. mod. teſt. inf.*

TEXTUS.

De ſurdo, & muto.

2. *Quinimo & mutus & ſurdus miles teſtamentum facere poteſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Naturâ ſurdos & mutos in militiam legi non poſſe.*
2. *Quem natura voce & auditu privavit, eidem denegaſſe & facultatem teſtandi.*
3. *Eos quoque, qui caſu aliquo muti & ſurdi facti ſunt, ſuprema condere non poſſe, niſi ſcribere ſciant.*
4. *Notatur oſcitantia compoſitorum.*

HIc §. male a veteribus interpretibus, Joan. Fabro, Porcio Aretino, acceptus eſt de eo milite, qui natura ſurdus & mutus eſt. Nimirum cum paganis, mutis & ſurdis, quibus non naturalis calamitas, ſed morbus ſuperveniens vocem abſtulit, aureſque concluſit, permiſſum ſit teſtari, modo ii, quibus hoc accidit, ſcribere ſciant: *l. diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure ſingulari concedi, quod jure communi ceteris denegatum eſt: videlicet poſſe milites etiam mutos & ſurdos natos ex privilegio teſtari, ut voluntatem ſuam per ſigna oſtendant; cujuſmodi ſigna ajunt intelligi & explicari poſſe ab iis, qui cum muto & ſurdo familiariter
1 vixerunt. Sed primum bene a Viglio ceteriſque melioris ævi interpretibus obſervatum eſt, natura mutum & ſurdum in numeros recipi aut in militiam legi non poſſe; utpote qui nec ſacramentum præſtare, nec imperium ducis aut ſigna audire, teſſeramve accipere & reddere queat; ejuſque rei etiam argumentum eſt, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam cauſam, ut bello inutiles, dimitti ſolent, *l.* 4. *h. t.* ἄτοπον γὰρ, inquit Theophilus, τοὺς τοιούτους στρατεύεσθαι. Deinde non minus abſurdum eſt,
2 quod putant, eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, teſtamentum facere poſſe: nam de ſignis quod afferunt, commentum eſt. Quæſo enim, quibus ſignis is, cui nec audire nec loqui a natura datum eſt, ſententiam ſuam de eo, quod poſt mortem fieri velit, alteri explicare poſſit, qui ut ipſe Faber fatetur, ignorat, quid ſit teſtamentum. Ac proinde etiam παράδοξον hoc Fabro videtur; nobis autem ἀδύνατον; cum, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non poſſit. Quod cum probe animadverteret Jaſon. in *add. ad Porc.* locum hunc, repudiato exemplo communi, accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto puta vulnere, aut morbo aliquo in caſtris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiſerunt. Et quia paganis etiam caſu aliquo 3
mutis & ſurdis factis, ſi literas ſciant, teſtari conceſſum eſt: *dict. l. diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac.* privilegium militum iſto vitio affectorum in eo conſiſtere putat, quod iis, etiamſi ſcribere neſciant, teſtari liceat, & hæredem per notas aut ſigna demonſtrare; quod etiam Cantiunculæ placere video. Verum enimvero qui literis non poteſt, quibus ille notis certam dabit, (hoc enim omnino neceſſarium eſt ex conſtitutione Trajani,) voluntatis ſuæ ſupremæ ſignificationem? Signis vero teſtari quenquam mortalium poſſe, uti nuſquam traditum eſt, ita nec admittendum, ut poſſit. Nam cum nulla ſigna idonea ſint ad voluntatem ultimam alteri certo ſignificandam, in re tanti momenti fides habenda eſſet divinationi quorundam ineptorum hominum, pro arbitrio ſuo hujuſmodi ſigna temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, ſed idem illud, de quo ſupra dictum, tantum porrigi ad eos milites, qui muti & ſurdi facti ſunt, ut nimirum his etiam liceat ante cauſariam miſſionem in numeris manentibus, jure militari teſtamentum facere, contemptis ſolemnitatibus juris communis, *d. l.* 4. *hoc tit.* ne quis forte putaret, defectum ſenſus ac loquelæ ſolemnitate juris ſupplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi ſunt, privilegio uti non poſſe. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad perſonas militum & poteſtatem teſtandi, non tantum ad formam & remiſſionem ſolemnium pertinet.
Ego arbitror, peccatum hic aliquid eſſe oſcitantia Com- 4
pilatorum. Certum eſt, olim paganum mutum aut ſurdum teſtamentum facere non potuiſſe, niſi ut liceret ſibi facere ſpecialiter a Principe impetraſſet, *l.* 7. *qui teſt. fac.* militem autem mutum & ſurdum potuiſſe citra novam conceſſionem ex privilegio militari, *l.* 4. *hoc tit.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum ſimul & ſurdum natum, aut factum quidem, ſed qui ſcribere neſciret, hoc unquam ex ſpeciali gratia obtinere potuiſſe, quippe qui nec petere hoc potuit, neque militem in caſu ſimili habuiſſe ex privilegio. Juſtinianus primus generali lege ſurdis & mutis, (exceptis iis, quos modo dixi,) facultatem teſtandi dedit, *d. l. diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac.* ex quo cum etiam pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat, id hoc loco factum eſſe a Compoſitoribus, oportet eos, cum hæc vel ex reſponſo Ulp. in *d. l.* 4. vel ex alio veteri Juriſconſulto deſcriberent, non meminiſſe conſtitutionis illius Juſtinianeæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex ſubſcriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici inſertam fuiſſe o-

pinatur, cum primum edita ſit biennio poſt editionem illius Codicis, anno ſcilicet primo poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis. Vinn. Juſto ſæpius compilatores vellicat Vinnius noſter, & aliquando nihil tale meritos. Poſſunt muti & ſurdi pagani teſtari, ſi vitium ſit diſcretum: milites etiam ſi conjunctum, dummodo, quid agant, intelligant. Illi non niſi in ſcriptis: hi & nota. Quidni enim miles vulneratus, amiſſo linguæ & aurium uſu, præſentibus commilitibus, ſignis quibuſdam evidentiſſimis oſtendere poſſit, quas res ſuas cuivis relinquere velit, ſi rationis uſus ipſi ſalvus ſit? Denique nec opus eſt, ut id militibus vulneratis, mortuis ante miſſionem, conceſſum dicamus. Nihil enim impedit, ut quæſtio hæc oriri non poſſit, ſi in eo periculo teſtatus miles miſſionem impetravit, & paullo poſt ex vulnere deceſſit. Hein.

Textus.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis a Principalibus conſtitutionibus conceditur, quatenus militant, & in caſtris degunt. Poſt miſſionem vero veterani, vel extra caſtra alii, ſi faciant adhuc militantes teſtamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in caſtris fecerint teſtamentum non communi jure, ſed, quomodo voluerint, poſt miſſionem intra annum tantum valebit. Quid ergo ſi intra annum quis deceſſerit, conditio autem hæredi adſcripta poſt annum extiterit? an quaſi militis teſtamentum valeat? Et placet valere quaſi militis.*

Notæ.

3. *Veterani*) Οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατείας, Suid. qui juſtam miſſionem legitimis impletis ſtipendiis conſecuti ſunt, *l.* 2. *D. de veteran. l.* 1. *C. de exc. met.* ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Julian. *orat.* 1. v. Lipſ. ad 1. *Annal.* & 2. *Hiſt.* Tac.

Commentarius.

1. *Falli tam eos, qui putant, hunc §. ſolum pertinere ad milites ſurdos & mutos militia miſſos; quam qui negant, ad hos pertinere omnino.*
2. *An & quatenus milites capitis damnati jure militari teſtandi licentiam retineant?*
3. *An huc pertineant, qui ſucceſſoribus acceptis militare deſinunt?*

1 Nulla ratio eſt, cur dubitemus, utrum hic §. cum ſuperiore connectendus ſit, referenduſque ſolum ad milites mutos & ſurdos, an generaliter ad omnes militia miſſos. Quippe cum juſtior cauſa dubitandi ſit de mutis & ſurdis, propter incertitudinem voluntatis eorum, quam de reliquis & quotquot ſunt hac de re loci in Pand. illi generaliter loquuntur de omnibus, qui honeſtam vel cauſariam miſſionem meruerunt. *l. quod conſtitutum* 21. *l. teſtamenta* 26. *l. quod dicitur* 38. *hoc tit.* neque abſurdum eſt aut ſuperfluum, repeti, quod ſemel dictum eſt, ſi id fiat alterius rei ſignificandæ gratia, quam quæ præceſſit, ut ſit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea, quæ hic traduntur, ad mutos & ſurdos milites dimiſſos aut extra caſtra verſantes non pertinere; ſed eos etiam poſt miſſionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari teſtandi: quod ut unus error plerumque plures parere ſolet, ex eo natum eſt, quod crediderunt, mutos & ſurdos milites, ſive ita natos ſive factos, etiam litterarum ignaros, jure militari teſtandi licentiam habere; quos ſi miſſos dicamus, non aliter teſtari poſſe quam jure communi. Negamus, eos ullo modo poſſe teſtari: quia nec poſſunt jure communi, *l. diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac.* & hoc veriſſimum eſt: falſum autem, quod illi pro vero aſſumunt, poſſe ejuſmodi mutos & ſurdos jure militari teſtari, ut abunde probavimus *§. præc.*

Poſt miſſionem vero) Huic rei obſtare videtur, quod etiam is miles, qui capitis damnatus eſt, jure militari teſtandi licentiam habet, *l. ex militari* 11. *hoc tit.* qui tamen maxime pro miſſo & exauctorato haberi debet. Non unum eſt, quod hic reſpondeatur. Nam primum 2 miles capitis damnatus privilegium teſtandi non retinet niſi id nominatim ſententia comprehenſum ſit, *l. ſi quis* 22. *§.* 1. *de legat.* 3. aut petierit & impetraverit, ut ſibi jure militari teſtari liceret, *l. cum hic* 32. *§. ſi miles* 8. *de don. int. vir. & ux. l.* 6. *§. ſed etſi* 6. *de injuſt. rupt. irr. teſt.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, ſed tantum, qui ex militari, *d. d. ll. & l.* 1. *de vet. & mil. ſucceſſ.* nec eo quovis: non eo, quod fidem ſacramenti rumpat, *d. l.* 11. *hoc tit.* verum ex leviore aliquo: ſunt enim multa militiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, rigor diſciplinæ militaris poſtulat. Denique teſtandi jus his tantum conceditur de bonis caſtrenſibus, quæ non vindicantur fiſco; ſed ab inteſtato ad proximos cognatos pertinent, *d. l.* 1. & *l.* 2. *de vet. & mil. ſucc.* quos cum unicuique permiſſum ſit a ſucceſſione ſua excludere facto teſtamento, id militi etiam in propoſita ſpecie permitti placuit.

Intra annum &c.) Teſtamentum in caſtris jure militiæ factum jus ſuum etiam poſt miſſionem intra anni ſpatium retinet, vel eouſque, dum inſtitutionis conditio extiterit. *l. quod conſtitutum* 21. *l. teſtamenta* 26. *l. quod dicitur* 38. *hoc tit.* De anni ſpatio hæc cauſa affertur, quod privilegia abſentibus reipub. cauſa, quales etiam ſunt milites, conceſſa, poſt reditum uſque ad annum perſeverant. *§. item* 2. *ſup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocunque exiſtens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac ſi ab initio pure inſtitutio facta fuiſſet, *l. ſi pupillus* 26. *de cond. inſt. l.* 11. *§.* 1. *qui pot. in pign. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* Ceterum miſſionem intelligi oportet vel honeſtam, quæ emeritis ſtipendiis indulgetur; vel cauſariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum teſtamenta, qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt, ſtatim deſinunt militari jure valere, *d. l. teſtamenta* 26. *hoc tit.* Conſule de hoc *l.* 2. *§.* 2. *de his qui not. infam.* Lipſium *in lib.* 1. *Annal.* Ta-

3 *Taciti*. Quæſitum eſt, an quod hic traditur etiam ad eos pertineat, qui non miſſione, ſed ſucceſſoribus acceptis militare deſinunt; quales ſunt duces exercitus, tribuni cohortium aut legionum, vel præfecti? nam teſtari quidem hos omnes jure militari poſſe, quamdiu exercitui, legionibus aut cohortibus præſunt, certum eſt. *l. tribunus* 20. *l. Titius* 25. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Et Africanus reſpondit, non pertinere, ſed ſtatim atque ſucceſſorem acceperint, horum teſtamenta jure militari valere deſinere, *d. l. quod conſtitutum* 21. *hoc tit.* Ait autem, non pertinere, quantum ad verba conſtitutionum attinet, quæ de miſſis loquuntur, non quibus ſucceſſor datur. Quid ſi igitur nos cum Cujacio ad *d. l. tract.* 4. *ad African.* tentemus ex ſententia conſtitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere? Cur enim verba legum captamus? Aut quid in propoſito refert, utrum quis dimittatur, an ſucceſſorem accipiat? Certe Ulpianus non dubitat edictum de iis, qui notantur infamia, quod de miſſis loquitur, ad eos extendere, quibus ſucceſſores dantur. *d. l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam.*

TEXTUS.

Si teſtamentum factum ante militiam,

4. ***Sed &, ſi quis ante militiam non jure fecit teſtamentum, & miles factus, & in expeditione degens, reſignavit illud, & quædam adjecit, ſive detraxit, vel alias manifeſta eſt militis voluntas, hoc valere volentis, dicendum eſt, valere hoc teſtamentum, quaſi ex nova militis voluntate.***

NOTÆ.

4. *Ante militiam*) Id eſt, qui cum adhuc paganus eſſet, non jure communi teſtamentum fecit.

Reſignavit) Reſignare eſt ſignatum aperire, ἀποσφραγίζειν, *l.* 1. §. 36. *depoſ. l.* 6. *teſtam. quem. ap.*

Manifeſta militis voluntas) Utique igitur ſemper neceſſe eſt, ut miles poſtea factus tempore expeditionis nova aliqua teſtatione voluntatem declaret: alias id teſtamentum ad privilegia militaria non pertinebit. *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *hoc tit.* Nec obſtat *l.* 15. §. 2. *eod.* ibi, *ſi militis voluntas contraria non ſit*. Hoc enim ſic accipiendum, quaſi JC. dixiſſet, ſi militis voluntas, quæ poſtea ſecuta eſt, priori non ſit contraria, ſed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1. *Teſtamentum non rite a pagano factum jure militia valere, ſi is miles poſtea factus & in caſtris degens recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*
2. *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, teſtamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*
3. *Ulpianus ſecum & cum aliis conciliatus.*

ALiud privilegium militare ſpectans confirmationem teſtamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale eſt: Si quis, cum paganus eſſet, teſta- 1
mentum non jure communi civium fecit, & poſtea cum militare cœpiſſet, in caſtris aut expeditione degens, quovis recenti judicio, & ſive voce ſive facto aliquo declaravit, ſed id teſtamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur teſtatus per relationem. Eſt vero hoc ſuperiori omnino conſequens: nam cum militi nuda voluntate teſtamentum facere permiſſum ſit, ei etiam permittendum fuit, teſtamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate poſtea comprobare: quoniam hæc militis voluntas teſtamentum eſt. *l.* 1. *in fin. pr. l. in fraudem* 15. §. 2. *hoc tit.*

Reſignavit illud, & quædam adjecit ſive detraxit, vel alias manifeſta &c.) Ad confirmationem teſtamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quam ut miles poſtea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam neceſſe eſt, ut hoc nova aliqua teſtatione voluntatis declaret. Duo enim ſemper in omni militari teſtamento exigimus, ut de voluntate militis conſtet; ut in expeditione teſtatus ſit. At in propoſito neque de voluntate militis 2
conſtare poteſt, ſi nulla nova teſtatio intervenerit; quin potius tunc cenſendus eſt priorem inutilem voluntatem, qualem eſſe ſciebat, talem manere voluiſſe: nec dici poteſt in expeditione teſtatus, a quo neque factum quicquam eſt, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non præciſe requiritur, ut miles recentem voluntatem aperte & verbis declaret, ſed ſufficit eam re aliqua & facto ſignificari, unde commode intelligi poſſit: cujuſmodi facta ſunt, ſi teſtamentum reſignaverit, legeritque ac rurſus ſuo ſigno ſignaverit, ſi aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino neceſſarium eſt, ut hic locus aperte oſtendit, & apertius adhuc Juriſconſultus *l. Tribunus* 20. §. 1. *eod.* diſerte ſcribens, ſi nihil eorum, quæ diximus, intervenerit, teſtamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus ſimilia leguntur in *l. quod dicitur* 38. §. 1. *in fin. eod. l.* 8. §. 4. *de jur. cod.* Omnium autem apertiſſimus in hanc ſententiam locus eſt Marcelli in *l. Titius* 25. *hoc tit.* ubi ſic ſcribit: *Teſtamentum, quod (Titius) ante tribunatum feciſſet, nihil ſi poſtea ab eo factum dictum eſſe probaretur, ad jus commune pertinet. Conſtitutionibus enim Principum non militum teſtamenta, ſed quæ a militibus facta ſunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifeſta laboramus? Propter reſponſum Ulpiani, quod extat in *l. in fraudem* 15. §. 2. *eod. tit.* in hæc verba: *Te-* 3
ſtamentum ante militiam factum a milite, ſi in militia deceſſerit, jure militari valere, ſi militis voluntas contraria non ſit, Divus Pius reſcripſit. Ecce non novam hic voluntatis declarationem Juriſconſultus exigit, ſed tantum ut nulla contraria voluntas ſecuta ſit: atqui hoc etiam tunc fit, cum nulla omnino ſecuta eſt. An dicimus, Juriſconſultum loqui non de eo, qui cum paganus eſſet, teſtamentum fecit; ſed de milite, qui teſtatus eſt ante militiam? Ita quidem Gloſſ. Joan. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici poſſit ante militiam teſtamentum feciſſe, niſi militem accipias κατ᾽ ἀναφοράν, qui nunc miles eſt, cum tempore facti teſtamenti eſſet paganus: nec illa Ulpiani

verba; teſtamentum ante militiam factum a milite, aliter accipi debent aut poſſunt, quam ſi dixiſſet, teſtamentum a milite factum antequam miles eſſet, ſeu cum adhuc eſſet paganus: quibus etiam verbis ille ipſe utitur, idem hoc reſcriptum D.Pii referens, in *l.9. §.1. eod.* Hoc cum animadverteret Franciſcus Hotomannus, *ἀντινομίαν* eſſe pronuntiavit, quem ſecutus eſt Ant. Matthæus. Verum enimvero ſi hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? Mille loci ſunt, in quibus major in ſpeciem cum aliis pugna eſt; quam in loco illo Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeo ipſum Juſtinianum hoc loco exigere argumenta recentis judicii, & prioris apertam comprobationem: ſed ait, ita jus vetus fuiſſe; novum autem conſtitutum eſſe a D.Pio ſola taciturnitate, quaſi perſeverantia judicii contento; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob cauſam etiam Juſtinianum reprehendit, quod contra quam in proœmio recipit, jus obſoletum hic nobis obtruſerit. Si a ſolo Juliano, qui ceteris antiquior fuit, id proditum eſſet, poterat videri ſpeciem aliquam veri habere, quod Hotomannus dicit. Sed cum etiam Marcellus, quo conſiliario uſum eſſe D.Pium teſtis eſt Capitolinus, & poſt hunc etiam Paulus, qui aſſeſſor Papiniani, & Ulpiani in aſſeſſura collega fuit, auctore Lampridio *in Alexand.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomanni prætexi queat. Utique enim nimis putidum eſt dicere, aut ignoraſſe eos jus, quod a D. Pio conſtitutum erat, aut contra expreſſam conſtitutionem Principis reſpondiſſe. Quin etiam ipſe Ulpianus in *l.9.§.1.hoc tit.* diſerte in hac eadem ſpecie exigit prioris voluntatis expreſſam approbationem, idque, ut teſtatur, ſecundum D.Pii reſcriptum. Ait enim, teſtamentum factum a pagano; qui poſtea militare cœpit, jure militari valere, ſi miles factus hoc maluit, ut a D. Pio reſcriptum eſt. Quid vero hoc aliud eſt, quam ſi dixiſſet, ſi miles factus indicio aliquo novæ voluntatis oſtenderit, ſe id velle valere? Significantiora certe ſunt verba Juriſconſulti, quam ut de ſimplici ſilentio aut voluntate in mente retenta intelligi poſſint. Atqui idem reſcriptum eſt, idemque auctor, qui ejus meminit in *d.l.in fraudem 15. §.2.eod.* ut proinde, eundem utrobique etiam ſenſum eſſe, licet verba diverſa ſint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum in *d. l. 15. §.2. ſi militis voluntas contraria non ſit*; & illorum in *d.l.9. §.1. ſi hoc maluit miles*; unam eandemque eſſe ſententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata eſſe conſtat, ad rem eandem ſignificandam. Plus nimirum ſenſit Juriſconſultus in *d. l. 15. §. 2.* quam ſcripſit: quod cum manifeſtum ſit tum ex aliis locis, tum ex *d. l. 9. §. 1.* quæ eſt ipſius Ulpiani, cur verba urgemus, quæ & ipſa inſuper ambigua ſunt, & ſic quoque accipi poſſunt; non ut nulla nova voluntas exigatur, ſed ut ſaltem aliqua, quæ tamen priori contraria non ſit, ſed eam confirmet? Quamobrem miror, quid Hotomanno & Ant. Matthæo, ſummis alioqui viris, in mentem venerit, quod eos, qui ajunt, Ulpianum & ſecum & cum ceteris de re propoſita convenire, contentionis, quam veritatis cupidiores eſſe, tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. Denique, & ſi in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus eſt, teſtamentum ejus quaſi ex nova militis voluntate valet: nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

NOTÆ.

5. *Quaſi ex nova militis voluntate*) *l. 22. eod.* ut capitis minutione ſecuta voluntas repetita cenſeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l. 11. §. 2. ſec.tab.*

COMMENTARIUS.

JUre communi teſtamentum irritum fit etiam minima capitis deminutione teſtatoris, puta ſi ſe adrogandum dederit, *§. 4. inf. quibus modis teſt. inf.* militare non item. Sed etſi filiusfam. miles a patre in adoptionem datus fuerit, aut emancipatus, placet teſtamentum ejus valere, nec capitis deminutione irritum fieri, *l. miles 22. & l.ſeq. hoc tit.* Ut autem huic quæſtioni locus ſit, oportet teſtamentum factum ſtatuatur de bonis caſtrenſibus: nam filius quidem familias de aliis bonis teſtari non poteſt: pater autem familias etſi poteſt, ſi tamen de omnibus bonis teſtatus ſit, neceſſe eſt tale teſtamentum infirmari per adrogationem: quippe cum quicquid extra peculium caſtrenſe eſt, id acquiratur patri adrogatori; qua de cauſa etiam Juriſconſultus in *l. 23. hoc tit.* expreſſe meminit militis de caſtrenſibus duntaxat rebus teſtati. Quamvis autem quod hoc loco & *d. l. 22. & l. ſeq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen poſtea, neglecta ſubtilitate juris productum videtur ad veteranos jure communi de bonis caſtrenſibus teſtantes, *l.1. §.exigit 8. de bon. poſſeſſ. ſec. tab. l.6.§.ult. de injuſt. rup.teſtament.*

TEXTUS.

De peculio quaſi caſtrenſi filiisfam. teſtari permiſſum, ſed jure communi.

6. Sciendum tamen eſt, quod, cum ad exemplum caſtrenſis peculii, tam anteriores leges, quam Principales conſtitutiones, quibuſdam quaſi caſtrenſia dederant peculia, & horum quibuſdam permiſſum fuerat etiam in poteſtate degentibus teſtari, noſtra conſtitutio id latius extendens, permiſerit omnibus in hujuſcemodi peculiis teſtari quidem, ſed jure communi. Cujus conſtitutionis tenore perſpecto, licentia eſt, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

NOTÆ.

6. *Noſtra conſtitutio*) *d. l. ult. C. de inoff. teſt. l. ult. C. qui teſt. fac.*

COMMENTARIUS.

1. *Privilegium jure militari teſtandi etiam noſtri temporis militibus competere.*

DE differentia & qualitate peculii filiorumfam. actum *ſup. §. 1. per quas perſ. cuiq. acq.* hic tantum quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum caſtrenſis filiisfam. conceſſum fuit, olim eorum quibuſdam duntaxat cum poteſtate de eo teſtandi, a Juſtiniano cum eadem poteſtate omnibus, *l. ult. C. de inoff. teſt. l. ult. C. qui teſt. fac.*

Anteriores leges) Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur de hoc quaſi caſtrenſi peculio, non eſſe ex lege aliqua ad populum lata, ſed ex conſtitutionibus, argumento eſt, quod ipſum peculium caſtrenſe, cujus exemplo comparatum eſt quaſi caſtrenſe, ex conſtitutionibus eſt. In Pandectis autem non ſemel tantum, aut ad ſummum iterum, ut falſo Mynſingerus exiſtimat, ſed ſæpius hujus quaſi caſtrenſis peculii mentio fit, ut in *l. 1. §. in filii. 6. ad ſenat. Treb. l. 3. §. dari 5. de bon. poſſ. l. 1. §. nec caſtrenſe 15. de collat. l. filius 7. §. ult. de donat.* VINN. Recte Vinnius negat, peculium quaſi caſtrenſe eſſe ex lege libera rep. condita, ſi de vocabulo quæſtio ſit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii caſtrenſis. Res ipſa tamen locum habuit in virginibus Veſtalibus, Flaminibus, Dialibus, aliiſque ſacerdotibus, qui veteri ritu capiebantur. Gell. *lib. 1. cap. 12.* Hi enim licet patriæ poteſtati ſubeſſent, tamen poterant de peculiis ſuis teſtamentum condere. Dicuntur quidem patria poteſtate exiiſſe: Ulp. *Fragm. tit. 10. §. 5.* ſed Gellius addit: *ſine capitis deminutione*, ne eos jura familiæ amiſiſſe exiſtimes. Quum itaque hoc privilegium ſacerdotum admodum ſimile fuerit ei, quod poſtea conſtitutionibus principum filiis familias in peculio quaſi caſtrenſi datum novimus: non abſurde exiſtimari poterit, has *anteriores leges* hæc ſcribenti vel Triboniano, vel Cajo, vel alii cuicunque veteri JCto, antiquitatis gnaro in animo fuiſſe. HEIN.

Quam principales conſtitutiones) Conſtitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in poſteriore Codice, *l. velut 7. C. de aſſeſſ. l. 4. C. de adv. div. jud. 1. l. un. C. de caſtr. omn. palat. pec. l. ult. C. de caſtr. pec. lib. 12.*

Et horum quibuſdam) Veluti conſulibus, proconſulibus, legatis & præſidibus provinciarum, ceteriſque in univerſum omnibus, qui poſiti erant in eminentiore aliquo dignitatis aut adminiſtrationis gradu; patronis vero cauſarum, memorialibus, agentibus in rebus, magiſtris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non conſtitutis, ea quidem, quæ hujuſmodi operam reip. navantes paraverant, plena proprietate conceſſa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quaſi peculium quoddam caſtrenſe præciperent: ceterum jus de his rebus teſtandi iis datum non fuit, *l. ult. C. de inoff. teſt.* Hinc apparet, non ſatis validum eſſe argumentum, quo nonnulli filiisfam. jus teſtandi defendunt, etiam in peculio adventitio iis caſibus, quibus plena ejus proprietas illis conceſſa eſt: de quo amplius *tit. proxime ſeq.*

Teſtari quidem, ſed jure communi) *d. l. ult. C. de inoff. teſt. d. l. ult. C. qui teſt. fac.* Quare filiifamil. omnes, qui quaſi caſtrenſe peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex conſtitutione Juſtiniani, quod filiifam. veterani in peculio caſtrenſi: jure autem militari teſtari non poſſunt: hoc enim privilegium illis ſolis tributum eſt, qui ſub armata militia ſtipendia merent; neque ſimpliciter, ſed tunc cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti ſint, qui hoc extendunt ad alias militiæ ſpecies, togatæ ſcilicet aut alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus poſterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum quis pedes mereat, an eques, in claſſibus omnes nautæ & remiges milites ſunt, *l. un. §. 11 de bon. poſſ. ex teſt. mil.* 1 Quidam negaverunt, privilegia jure militari teſtandi competere militibus noſtrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus aſſumendi militem in deſuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti eſt: durat enim nihilominus cauſa privilegii, laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus ſunt, ubi armorum ſtrepitus vocem juris civilis eos audire non patitur, Vigl. *ad rubr. hic.* Gail. II. *obſ.* 118. Vaud. I. *q.* 55. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 3. Sichard. *ad rubr. C. h. tit. n.* 9. Graff. *§. ſubſtitutio. quæſt.* 66. Grot. II. *introd.* 7. Perez. *C. de teſt. mil. in fin.*

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 22.

1. *Ut teſtamentum conſiſtat, quænam in perſona teſtantis requirantur.*
2. *Damnatos capite olim certo iure teſtandi facultatem amiſiſſe.*
3. *An novellis legibus ab eo iure receſſum.*

REditus ad jus commune. Diſſeruit *tit. 10.* de forma & modo teſtandi: progreditur nunc ad perſonam teſtantis: quod eſt alterum ex tribus illis, quæ in omni teſtamento conſideranda eſſe diximus *ſub rubr. dict. tit.*

In

In perſona teſtantis duo exiguntur : unum eſt , ut conditione ſit civis Romanus : quod indicat primum & ſecundum caput legis Falcidiæ , *l.* 1. *ad leg. Falc.* proinde teſtamentum facere non poſſunt peregrini aut ad peregrinitatem redacti , ut deportati , *l.* 8. §. 1. & 2. *h. t. qui teſt. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. nec ſervi aut capti ab hoſtibus , *d. l.* 8. §. *ult. l. filiusfam.* 16. *hoc tit.* §. *ult. inf. eod.* nec obſides , niſi eis permittatur, *l.* 11. *eod.* Ac ne is quidem , qui de ſtatu ſuo & conditione incertus eſt , teſtari poteſt . *l.* 14. & *ſeq. eod. l.* 1. *in pr. de legat.* 3. Alterum eſt , ut ſit ſui juris , uno verbo paterfam. de quo ſtatim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum ſunt , omnes teſtamentum facere poſſunt , exceptis iis , qui voluntatem ſuam certo certoque judicio ſignificare aut exprimere nequeunt , de quibus in §. 1. & 3. *ſeqq.* nec non aliis quibuſdam , quos lex ob delictum admiſſum , aut apoſtaſiam hæreſimve nominatim teſtari vetat , *l. is cui* 18. §. 1. *l. cum lege* 26. *hoc tit. l.* 3. *C. de apoſtat. l.* 4. *C. de heret. & Manic. l.* 6. & *auth. ſeq. C. de inceſt.*
2 *nupt.* Olim omnes capitali crimine damnati certo jure teſtamenti factionem amittebant, quoniam ſtatim atque ſententiam paſſi eſſent , libertatem & civitatem perdebant , *d. l.* 8. §. *ult. l.* 6. §. *ſed* & 6. *de injuſt. rupt. teſt. l.* 12. *l. qui ultimo* 29. *de pœn.* Ajo *damnati* : nam ſi quis indemnatus , quantumvis poſt accuſationem & in cuſtodia , deceſſiſſet , ejus teſtamentum valebat , *l.* 9. *hoc tit.* uti & damnati appellatione interpoſita , medioque tempore pendente appellatione teſtati & defuncti , *l.* 13. §. *ult. eod.* Quæritur autem, an no-
3 vellis legibus , *Nov.* 17. *c.* 12. *Nov.* 22. *cap.* 8. *item* 134. *cap. ult.* unde *auth. ſed hodie C. de don. int. vir.* & *ux.* & *auth. bona C. de bon. proſcript.* ab eo jure receſſum ſit ? Nam his conſtitutionibus & ſervitus pœnæ tollitur & bona capite damnatorum non publicantur extantibus liberis & parentibus . Sed tamen quia eis bona adimuntur , & in liberos vel parentes transferuntur , ne hodie quidem eos teſtari poſſe dicendum videtur , D. Tulden. *hic cap.* 6. add. Salicet. *in d. auth. ſed hodie* . Vaſq. 111. *contr. illuſt.* 96. Graſſ. §. *teſtamentum . quæſt.* 26. Clar. §. *teſtamentum . quæſt.* 21. Jac. Verwey *tract. de art. teſtam. cap.* 4. ubi notat , in his regionibus damnatos capite , quorum bona publicata non ſunt, teſtamenti factionem retinere .

Textus.

De filiofamilias .

Non tamen omnibus licet teſtamentum facere . Statim enim ii , qui alieno juri ſubjecti ſunt , teſtamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiſerint, nihilo magis jure teſtari poſſint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipue militibus, qui in poteſtate parentum ſunt: quibus de eo, quod in caſtris acquiſiverant, permiſſum eſt ex conſtitutionibus Principum teſtamentum facere . Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum eſt, tam ex auctoritate divi Auguſti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani : poſtea vero ſubſcriptione divi Hadriani etiam dimiſſis a militia, id eſt, veteranis, conceſſum eſt. Itaque ſiquidem fecerint de caſtrenſi peculio teſtamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si vero inteſtati deceſſerint , nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit . Ex hoc intelligere poſſumus , quod in caſtris acquiſierit miles, qui in poteſtate patris eſt, neque ipſum patrem adimere poſſe, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune eſſe: ſed ſcilicet proprium eſſe ejus, qui id in caſtris acquiſierit : quanquam jure civili omnium, qui in poteſtate parentum ſunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac ſervorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quæ ex ſacris conſtitutionibus , & præcipue noſtris propter diverſas cauſas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe habent, ſi quis alius filiusfam. teſtamentum fecerit, inutile eſt; licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.

Notæ.

Qui alieno juri ſubjecti) Filiifam. teſtamentum facere non poſſunt , *l.* 6. *h. t. l. pen. C. eod.* & olim quidem vel ideo non poterant , quia nihil ſuum habebant . Ulp. *tit.* 20. §. 9. Hodie non poſſunt , quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tanquam patresfam. habent , excepto peculio caſtrenſi & quaſi : de quo ob id etiam teſtari iis permiſſum . Teſtandi autem facultas ſolis patribusfam. lege conceſſa : *Paterfam. uti legaſſit , &c.* Cic. *ad Heren. lib.* 1. *cap.* 13.

Quamvis parentes permiſerint) Quia teſtamenti factio juris publici eſt , *l.* 3. *h. t.* id eſt , ei ſoli competit , cui jure publico permiſſa . Ex quo efficitur , ut nec conſentiente patre codicillos facere , legatumve aut fideicommiſſum relinquere filiusfam. poſſit , *l.* 6. §. 3. *de jur. cod. l.* 25. §. 1. *de mort. ca. don.*

Jure communi) Id eſt , jure hæreditario poſt liberos & fratres inteſtato mortui , ut eſt in textu , *l.* 3. *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* jure noviſſimo a liberis ſolum , non etiam a fratribus parens excluditur . *Nov.* 118. *c.* 2. Explodendum igitur , quod Cujac. Pac. Fabrot. in margine notant , *jure communi* , id eſt , *jure patrio* , *jure peculii* : ex veteri & abrogato jure in *l.* 2. *de caſtr. pec.*

Proprium ejus eſſe) Ita ut in eo vice patrisfam. fungatur , *l.* 2. *de SC. Mac.* quod jus & quaſi in caſtrenſibus ei poſtea tributum , §. *ult. tit. ſup.*

Quanquam jure civili) Oratio perplexa , ſententia tamen Juſtiniani ex iis , quæ antecedunt , & mox ſubjiciun-

jiciuntur, ſatis manifeſta. Vide comment.

COMMENTARIUS.

1. *Cur filiifam. teſtamenti factionem non habeant?*
2. *Cur ne patre quidem conſentiente recte teſtentur, cum ita mortis cauſa recte donent?*
3. *An teſtamentum a filiofam. factum cum conſenſu patris, propter adſcriptam clauſulam, ut id valeat cujuſcunque ultimæ voluntatis vi, ſaltem ſuſtineatur in vim donationis cauſa mortis?*
4. *Inteſtato filio mortuo peculium caſtrenſe jure Codicis ad patrem non rediiſſe jure peculii; ſed liberis & fratribus non extantibus, jure ſucceſſionis ad eum devolutum.*
5. *Peculio pagano adventitio cum caſtrenſi communia.*
6. *Plenius ac planius, quam vulgo, oſtenditur, filiumfam. ne de iis quidem adventitiis teſtari poſſe, quorum fructus patri non quæritur.*
7. *An de his codicillos facere, aut ſine patris conſenſu mortis cauſa hæc donare poſſit?*
8. *Quid hic moribus harum regionum receptum?*

QUi *alieno juri ſubjecti*) Lex duodecim tabularum liberam teſtandi facultatem civibus concedens præciſe ac definite de patribusfam. locuta eſt. Extat integrum legis caput apud auctorem *ad Herennium lib.*1. *cap.*13. in hæc verba: *Paterfamilias uti legaſſit ſuper familia pecuniave ſua, ita jus eſto.* Ex eo
1 quod Decemviri hoc jus nominatim conceſſerunt patrifam. hoc eſt, civi Romano, qui ſui juris eſt, ſatis intelligitur, idem eos filiisfam. permittere noluiſſe. Quinimo non potuerunt niſi ridicule teſtandi facultatem permittere iis, qui nihil ſuum habebant, de quo teſtari poſſent: quippe notum eſt, filiosfam. olim omnia parentibus, quorum in poteſtate erant, pleno jure acquiſiviſſe: quæ etiam ratio, cur filiifam. teſtari non poſſint, reddita eſt ab Ulpian. in *fragm. tit.*20. §.*filiusfam.*9. duratque eadem etiam nunc. Quicquid enim hodie filiifam. proprium eſt, in eo non ut filiusfam. ſed ut paterfam. conſideratur. Et peculium quidem caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe ſub qualitate patrisfam. ei pleniſſimo jure conceſſum eſt: ceterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. ſuſtinet: cum alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum eſſe poſſet, pugnatque cum conditione filiifam. aliquid proprium habere. Hoc autem poſito, filiosfam. jus teſtamenti faciendi non habere, conſequens eſt, eos, nec legatum aut fideicommiſſum relinquere, aut codicillos facere poſſe; quippe quæ iis demum permiſſa ſunt, qui & teſtamentum condere poſſunt. *l.*2. *de legat.*1. *l.*1. §.2. *de legat.*3. *l.*6. §.*pen. de jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifam. nihil habent proprium.

Quamvis parentes eis permiſerint) *L.*6. *eod.* Atque hoc
2 etiam ut conſectarium ex ſuperiori deducitur. Etenim permiſſio illa patris non efficit, ut filiusfam. incipiat eſſe paterfam. Lex autem duodecim tabb. non aliis, quam patribusfam. teſtandi poteſtatem conceſſit; eoque pertinet quod Papinianus ſcribit *l.*3. *eod. Teſtamenti factio non privati ſed publici juris eſt.* Hoc eſt, jus teſtamenti faciendi non privatorum auctoritate, ſed jure publico & legibus cuique tribuitur: adde quod ne ſic quidem filiofam. quicquam acquiritur, de quo teſtari, aut in quo hæredem habere poſſit. Ex quo jam etiam efficitur ut nec conſentiente patre codicillos facere, legare aut fideicommiſſum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio eſt. An igitur filiofam. nec mortis cauſa donare volente patre permittendum? Ita videri poteſt, cum mortis cauſa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparentur, §.1. *ſup. de donat. l. ult. C. de mort. ca. don.* Placuit tamen, poſſe filiumfam. permittente patre mortis cauſa donare: nimirum quia donatio mortis cauſa, etſi in pleriſque jure ultimæ voluntatis cenſetur, in quibuſdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. ſenatus* 35. §.3. *de mort. ca. don.* maximeque in eo, quod ad eam perficiendam traditione aut conventione opus eſt, ut pluribus oſtendimus in *d.* §.1. ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc eſt, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac ſi pater ipſe per interpoſitam filii perſonam donaſſet, in eoque uſus eſſet filii miniſterio. *l.*9. §.2. *de donat.* Atque hanc ob cauſam, etſi filii quoque perſona in hac donatione ſpectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare poſſe, cum Bart. *in l.*2. §.1. *de donat.* Ang. & Joan. Fab. *hic* Nam quod traditum eſt de teſtamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. illa inſtitutio* 32. *de hær. inſt.* protinus ad mortis cauſa donationes trahendum non eſt. Non obſtat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpiani in *l.*1. §.1. *de tut. & rat. diſtr.* concludentis, ei, cui teſtamenti factio permiſſa non eſt, nec permittendum eſſe mortis cauſa donare: procedit enim iſta argumentatio in patremfam. qui bona propria habet, ſed teſtari non poteſt propter ætatem & defectum judicii, qualis eſt pupillus, de quo etiam Juriſconſultus loquitur. Hinc jam illud quæſitum eſt, ſi filiusfamil. teſtamentum cum conſenſu patris condiderit adſcripta 3
clauſula: *ſi non valeat jure teſtamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuſcunque ultimæ voluntatis vi,* num in hac ſpecie voluntas filii ſuſtineri debeat ſaltem in vim donationis cauſa mortis? Et vulgo placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis cauſa donatio continetur, & in propoſito clauſula illa, *aut cujuſcunque ultimæ voluntatis*, in nulla alia ſpecie ultimæ voluntatis verificari poteſt, quam in donatione mortis cauſa; quæ utique patris conſenſu facta valet, ut jam demonſtratum eſt. Ita D. Vigl. *hic n.*10. Clar. §. *donatio quæſt.*6. *n.*8. Teſſaur. *deciſ.*150. Fachin. *v. contr.*64. VINN. Ceterum in eo, quod ne permittente quidem patre teſtari potuerunt filii familias, deterior fuiſſe videtur eorum conditio, quam ſervorum, quos permittentibus dominis condidiſſe quaſi teſtamenta, docet exemplum apud Plin. *lib.* VIII. *Epiſt.*16. HEIN.

Exceptis iis, quos antea enumeravimus) Qui ſcilicet caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium habent. In his enim bonis filiifam beneficio Principum teſtamenti factionem habuerunt, §. *ult. prec. tit. l. ult. C. de inoff. teſt. l. pen. & ult. C. hoc tit. l.*7. §. *ult. de donat.* & quoad cetera quoque in hoc peculio pleniſſimo jure patrumfam. uſi ſunt, *l.*2. *de Sen. Mac. l.*4. *de judic.* excepto quod

quod inteſtati morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *l. 2. de caſtr. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantum militantibus, &c.) Refert Imperator quibus gradibus ad ſummum ejus juris, quod filifam. in caſtrenſibus habent, perventum eſt. Initium ejus Auguſto tribuit. (Ulpianus Julio, *l. 1. de teſt. mil.*) progreſſum Nervæ & Trajano, (Ulpian. *d. loco* etiam Titi & Domitiani meminit) patetque ex illo Juvenalis *ſat. ult. v. 52.*

Solis preterea teſtandi militibus jus
Vivo patre datur, &c.

ſub Domitiano idem obtinuiſſe: conſummationem Hadriano; quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis de eo, quod in caſtris acquiſiverunt, ceteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti ſunt, *l. 11. de caſtr. pec.* vivis parentibus, quorum in poteſtate ſunt, teſtandi facultatem dedit, ita ut quod antea ſolorum militum erat, id bonorum privilegium reſcripto Hadriani factum ſit. Illud intereſt, quod veteranis non niſi jure communi, militibus etiam ſuo, id eſt, militari jure, teſtamentum facere permiſſum eſt. Veterani autem dicebantur, qui vel exauctorati ſub vexillo adhuc retinebantur, ceterorum immunes; niſi propulſandi hoſtis? vel qui confectis legitimis ſtipendiis penitus dimiſſi erant, αφεσεως εντιμυ τυχοντες. Conſule commentaria D. Lipſii in *lib. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum jure communi pertinebit) Ut ut pater in peculio caſtrenſi vivente filio nihil juris habuerit, ipſique filio conceſſum, in eo, quem vellet, hæredem ſibi inſtituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conſervatum fuit, ut filio inteſtato mortuo jure peculii etiam bona caſtrenſia ad patrem redirent, eademque hoc caſu adhuc eſſet conditio caſtrenſis peculii & pagani, nec in illo magis, quam in hoc, filiusfam. hæredem ab inteſtato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de caſtr.*
4 *pec.* Ceterum huic juri poſteriorum Principum conſtitutionibus derogatum eſt; & primum liberis militis aut veterani inteſtato mortui, deinde fratribus bona caſtrenſia jure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus aperte oſtendit, atque ex eo etiam perſpicuum eſt, quod filiifam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucriſque nuptialibus, eoſdem hæredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quam in caſtrenſibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. inteſtato decedentium bona caſtrenſia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non ſic accipiendum eſt, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus, & fere quotquot ſunt, fecere, jure peculii ſecundum jus antiquum, quo filii morte etiam peculium caſtrenſe, non quaſi hæreditas, ſed quaſi peculium & quaſi a patre profectum, ad patrem redibat; verum jure ſucceſſionis ſeu hæreditatis, quæ tertio loco parentibus ab inteſtato defertur ex conſtitutionibus Principum novo quidem, ſed communi jure. Nam ſi jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret, nemo in iis patri præponi poſſet, ac nec cuiquam deferri poſſent jure hæreditario; ſed pater tanquam jam olim ſua & a ſe profecta ſtatim occuparet; niſi quis putet cum Viglio, dici poſſe, liberis aut fratribus ſuperſtitibus, jus patris quieſcere; illis autem deficientibus, priſtinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem prædictæ conſtitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de jure & ordine ſucceſſionis: add. quæ ſcripſi ad *§. ult. inſ. de leg. agn. ſucc.* Plurimum vero intereſt, utrum dicamus, jure peculii, an hæreditario ad patrem hæc bona pertinere: quippe illo caſu, mortuo filio ipſo jure apud patrem remanent, quaſi perpetuo ipſius fuerint; hoc caſu ſine aditione nec acquiri, nec tranſmitti poſſunt: illo caſu peculio tantum tenus creditoribus filii reſpondere tenetur; hoc, in ſolidum, niſi inventarium confecerit, *§. 5. inſ. de hær. qual.* Illo denique caſu matrem excludit, hoc caſu non item. Hodie jus liquidum eſt, atque hæc diſputatio penitus ſublata. Conſtat enim ex *Nov.* 118. bona filiifam. ſive caſtrenſia ſive pagana adventitia non amplius jure peculii, ſed hæreditatis, patri deferri; nec jam ordine tertio, ſed ſecundo, ita ut cum eo mater ſimul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere poſſumus &c.) Subjiciuntur hic quædam alia jura, quæ filiusfam. in caſtrenſi peculio habet & nimirum hæc tria, primum, quod hoc peculium ita filii proprium eſt, ut pater id ei adimere non poſſit: alterum ſuperiori conſequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ cuncta, aliaque plura, etiam jure veteri obtinuerunt: nam ut ante dictum eſt, filiusfam. in caſtrenſi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantum inteſtatus tanquam filiusfam. decedebat, *l. 2. de ſen. Mac. l. 4. de judic. l. 4. de caſtr. pec.* junct. *l. 2. eod.* Quæ autem hic traduntur, olim erant caſtrenſis peculii propria: hodie vero caſtrenſi cum pagano adventitio ſunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere poteſt: & quod olim in caſtrenſibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l. 1. §. nec caſtrenſe 15. de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ult. C. eod. tit.* In ſolo profectitio peculio nihil mutatum eſt, ſed quemadmodum id totum patris manſit, ita poteſt filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet, ut id creditores paterni ſibi habeant. Nam quod ab Ulpiano traditum eſt. *l. 3. §. ſed utrum 4. in fin. de minorib.* ſi patris bona a fiſco propter debitum occupata ſunt, peculium profectitium filio ex conſtitutione Claudii ſeparari, id ſpecialis humanitatis eſt. Princeps dum jus fiſci minuit, ſuum minuit: at alteri jus quæſitum auferre non debet, *l. 2. de his qui ſui vel al. jur.* & fortaſſis debitum καταχρηστικως Juriſconſultus accepit, pro debito ex cauſa delicti damnato patre. Nullam certe rationem habet, quod D. Viglius putat, ex cauſa delicti peculium a fiſco occupari, at non ex cauſa debiti: longe enim major ratio eſt, ut peculium filii ſeparetur patre damnato, quam, cum fiſcus venit, ut verus creditor: quippe cum in pœna nec privilegium habeat, ſed creditoribus poſtponatur. *l. 11. l. in ſumma 17. l. quod placuit 37. de jur. fiſc. l. un. C. pœn. fiſc. al. cred. præf. lib. 10.* Ergo, inquis, non fiſcus, ſed filius damnato patre actione de peculio conveniendus eſt, contra quam reſpondet

ſet idem Ulpian. *l.* 1. §. 4. *quand. act. de pec. ann.* Reſpondeo, fiſcum etiam ea actione teneri, ſed tunc cum filius peculium repudiavit; alioqui conventum exceptione ſe tueri, & creditores ad filium remittere poſſe.

Quanquam jure civili omnium, qui in poteſtate) Perplexe & ſalebroſe hæc traduntur. Jure civili antiquo filiusfam. omnia patri acquirebat, haud ſecus ac ſervus domino, uti dictum eſt, §. 1. *ſuper quas perſ.* Primus Auguſtus excepit peculium caſtrenſe, aut potius milites in cauſa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quaſi caſtrenſe peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium, & præcipue conſtitutionibus Juſtiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium eſſet, quo caſtrenſe & quaſi caſtrenſe, ſed ut ille ejus proprietatem, pater uſumfructum regulariter haberet. *d.* §. 1. *l. cum pater* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium vel quaſi) Quamvis non tantum caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium, ſed quædam etiam bona filii adventitia ex conſtitutionibus patri non acquirantur; atque a Juſtiniano in univerſum adventitiorum omnium proprietas filio conceſſa ſit; in duobus tamen iſtis generibus duntaxat jus teſtamenti faciendi ei permiſſum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare eſt, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater uſumfructum: ſed cum ſint quidam caſus, quibus filio plena & ſolida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis teſtari poſſit, non ſatis convenit. Caſus unus jam tum erat, cum Inſtitutiones componerentur. Nam in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* ſic a Juſtiniano conſtitutum eſt, ut ſi filio hæreditas aut legatum fideive commiſſum delatum ſit, & pater filio conſentire nolit, ut hæreditatem adeat, aut relicta agnoſcat, filius propria auctoritate & patre invito id facere poſſit, & ſibi hoc facto, quod relictum eſt, in totum adquirat. Novellis conſtitutionibus plures hujuſmodi ſpecies introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis, ut ne uſusfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut ſororis, ad quam una cum filio pater admittitur: poſtremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur patre divortium faciente ſine cauſa, *auth. excipitur cum* 2. *ſeqq. C. de bon. quæ lib.* An igitur ne his quidem caſibus filio permiſſum de peculio adventitio teſtari? Sunt qui putant, permiſſum eſſe, & Triboniano hæc ſcribenti in mentem non veniſſe *l. ult.* §. *ipſum autem* 5. *verſ. filiis autem C. d. tit.* ubi Juſtinianus duntaxat eo caſu, quo apud patrem uſusfructus eſt, filium de bonis adventitiis teſtari non permittit: inde enim a ſenſu contrario colligunt, in altera ſpecie adventitiorum id ei licere. Probabilis ſane collectio, niſi ipſe Juſtinianus poſtea mentem ſuam clare expoſuiſſet. Nam cum hæc ipſa quæſtio jam tum ætate Juſtiniani, nec multo poſt emiſſam *d. l. ult.* extorta eſſet, ipſe nova conſtitutione edita dubitationi occurrit, quæ eſt *l. pen. C. qui teſt. fac.* qua declarat, minime ſibi in conſtitutione nuper a ſe promulgata propoſitum fuiſſe, filiisfam. in bonis adventitiis permittere teſtamenti factionem, ſive cum conſenſu, ſive ſine conſenſu patris bona poſſideant, ac proinde ſive nudam ſive plenam eorum proprietatem habeant; ſed in hoc antiquam legem per omnia ſervari jubet. Conferantur inter ſe conſtitutiones, perſpicue apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *d. l. ult.* cauſam dederant, ſcriptam eſſe. Non enim alia lex per eam, quam in *d. l. pen.* ait a ſe promulgatam eſſe, intelligi poteſt, quam in qua extat diſtinctio illa, cujus meminit, & ad quam ſe refert in *d. l. pen.* utrum ſcilicet filius bona poſſideat: cum conſenſu, an ſine conſenſu patris: at illa diſtinctio extat in una *d. l. ult.* nuſquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expreſſe in *d. l. pen.* ſe jus teſtandi filio permittere in bonis, quæ poſſidet ſine conſenſu patris; atqui horum plenam proprietatem filio in *d. l. ult.* conceſſerat, neque erat tunc alius caſus, quo uſusfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhæc jubet circa filiorumfam. teſtamenta per omnia obſervari legem antiquam. Nulla vero lege antiqua filiofam. teſtamentum facere permiſſum, præterquam de bonis caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus: neque conceſſio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex ſola cauſa acquirendi æſtimatur. Ridiculi autem ſunt, qui per legem antiquam intelligunt ipſius Juſtiniani aliquam conſtitutionem & nominatim illam ipſam, quam explicat *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, niſi abſurdiſſime, antiquam appellare; quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper a ſe promulgatam, nec ullas ſuas ipſius leges antiquas, cum nulla tunc eſſet biennio aut triennio vetuſtior. Noviſſimo jure etſi filiofam. quædam alia ejuſdem generis bona pleno jure proprietatis conceſſa ſunt: nullibi tamen jus de iis teſtandi ei datum legimus. *Nov.* 117. permittitur filio de hujuſmodi bonis quovis modo diſponere; at in Græco eſt διοικεῖν, quod teſtamenti factionem non comprehendit: & ſine eo etiam apertiſſimum eſt eo loco intelligi tantum diſpoſitionem inter vivos & liberam horum bonorum adminiſtrationem; quippe cum hæc diſpoſitio ei tantum permittatur, qui perfectæ ætatis eſt, hoc eſt, filiofam. majori 25. annis: ceteroquin curatores ei dari jubentur: cum tamen minor 25. annis etiam, curatorem habens, poſt annum decimum quartum teſtamentum facere poſſit, *l.* 5. *hoc tit.* At, inquies, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fuſ. Can. toll.* Reſpondeo, hanc propoſitionem nec perpetuo veram eſſe, de quo vide Everhard. *in Top.* & procedere tantum in objecto præſuppoſita habilitate perſonæ, quæ deficit in filiofamil. ſic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum a jure plenæ proprietatis, quaſi eo jure conceſſo omnia conceſſa intelligantur, quæ patrifam. in re ſua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitro, permiſſa ſunt. Patet hoc ex eo, quod filiifam. patroni cauſarum, magiſtri liberalium artium, &c. etſi plenam proprietatem peculii quaſi caſtrenſis olim habebant, jus tamen de eo teſtandi ante Juſtinianum non habuerint, §. *præc. tit.* Nimirum ut dictum eſt in pr. qualitas filiifam. obſtat, quo minus teſtari poſſit; ut autem poſſit de caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio, non ex eo eſt, quod ſimpliciter plena ejus proprietas filio conceſſa: ſed quia placuit id eum habere ſub qualitate patrisfam. ut etiam de eo teſtari poſſet. Nihil movet, quod

quod filius in hac ſpecie adventitiorum hæredem ab inteſtato habet: nam & in altera ſpecie, cum nuda ejus eſt proprietas, habet. Poteſt ex lege hæredem habere, etſi ſibi hæredem facere non poteſt: & in caſu *Nov.22.cap.26.* ponendi ſunt termini habiles filii emancipati, alioqui ſequeretur, etiam de iis adventitiis filium teſtari poſſe, quorum uſusfructus ad patrem pertinet. Poſtremo nullam admodum cauſam video, cur filiofam. teſtandi facultas in una ſpecie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam ſola uſusfructus a proprietate ſeparatio impedire non poteſt, quo minus jus ſit de proprietate teſtandi, *inf.de hær. inſt. in pr. l. recte dicimus 25. de verb.ſign.* Atque hæc
7 etiam communis eſt interpp. ſententia. Porro hoc conſtituto filiumfam. de bonis adventitiis teſtamentum facere non poſſe, tractari tamen adhuc poteſt, an non ſaltem de his bonis codicillos facere poſſit, cum hæredem in his bonis ab inteſtato habeat, quem onerari poſſe fideicommiſſo conſtat, *§.præterea 10. inf. de fideicomm. hær.* Sed magis eſt, ut nec codicillos facere poſſit, propter regulam juris; *Qui non poteſt facere teſtamentum, nec poteſt codicillos, l.6. §. pen. de jur.cod.l. 1.§.2.de legat. 3.* Quem lex ei hæredem dedit, eum omnino omnia bona, quæ poſt mortem relinqueret, habere voluit, & quaſi addixit: tum vi ipſa non multum intereſt, hæredem ſibi quis teſtamento inſtituat, an per fideicommiſſum alicui hæreditatem ſuam reſtitui jubeat. Plane mortis cauſa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendam eſſe exiſtimarem, & quod alias patris conſenſu poteſt, *l. tam is 25.§.1.de mort.ca. don.* id ei hic licere etiam ſine conſenſu patris, *argument. Nov. 117.* & eorum, quæ diximus in exegeſi verborum hujus pr. *Quamvis parentes eis permiſerint.* Diſſ. Anton. Fab. *deciſ.XLIII.err.6.& ſeqq.* ubi nec in bonis caſtrenſibus donationem mortis cauſa filiofamil. conceſſam fuiſſe contendit, contra expreſſum textum in *l.7.§.ult. de donat.* vid.D.Guil.Maſ. *lib.VI.ſing.opin.cap.6.& ſeq.* ubi ex profeſſo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet ſuæ poteſtatis deceſſerit) L.ſi filiusfam.19. hoc tit. Eſt autem hoc jus generale, ut ſi quis tempore teſtamenti facti non habuerit teſtamenti factionem, teſtamentum ab eo factum non valeat, etſi poſtea teſtamenti factionem habere cœperit, *§.ſeq.l.4.eod.l.1.§. exigit 8.de bon.poſſeſſ.ſec.tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l.1. de reg. Cat. l. quod initio 29 de reg. jur.* Interpretes communiter duos caſus excipiunt, quibus filiusfam. recte etiam de bonis adventitiis teſtetur, utique conſentiente patre: ſi quid relinquat in pios uſus; ſi liberos ſuos hæredes faciat; illic voluntatem filii ſuſtineri favore piæ cauſæ, hic favore liberorum. Tiraquel. *de privil.piæ cauſ.cap.78.* Clar. *§.teſtamentum. quæſt.5.* Tulden. *hic cap.11.* Jac.Verw. *art. teſt. cap.4. fac.cap.4.de ſepult.in 6.* Chriſtin. *vol.1.deciſ.4.num.6.* ubi in caſu poſteriore nec conſenſum patris requirit.

8 Moribus harum regionum liberi omnes, qui modo ea ætate ſunt, qua teſtamentum condi poteſt, de bonis maternis ceteriſque adventitiis omnibus recte teſtantur, neque conſenſu patris ad eam rem opus eſt. D.Elbert.Leonin. *lib.VI.emend.cap.3.in fin.* Perez. *C. qui teſt.fac.num.10.* Groenew. *de l.abrog.hic & ibi laudat.* quod & in Hiſpania obtinet, *l.5. Tauri.* & ibi Gomez. atque in Germania quoque receptum, utique ſi liberi ſeorſum a patre habitent. Reuſner. *part.II. cap.23. num. 26. de teſtam.* De Gallia idem teſtatur Lud. Charond. *in memorabil.* In Friſia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. D. Joan. a Sande *lib. IV. tit. 1. defin. 1.* VINN. Quod de Germania ex Reuſnero monet, nihil ad rem facit. Per ſeparatam enim œconomiam, quam hic Reuſnerus intelligit, liberi exire intelliguntur patria poteſtate. Ergo ibi tunc non teſtantur tanquam filiifamilias de peculio adventitio, ſed tanquam patresfamilias de pecunia & re ſua. HEIN.

TEXTUS.

De impubere, & furioſo.

1. *Præterea teſtamentum facere non poſſunt impuberes; quia nullum eorum animi judicium eſt. Item furioſi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, ſi impubes poſtea pubes, aut furioſus poſtea compos mentis factus fuerit, & deceſſerit. Furioſi autem ſi per id tempus fecerint teſtamentum, quo furor eorum intermiſſus eſt, jure teſtati eſſe videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, teſtamento valente. Nam neque teſtamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte geſtum, poſtea furor interveniens perimit.*

NOTÆ.

1. *Præterea*) *l. 5. h. t. l. 19. §. 1. de capt. & poſtl.* adde & alios ex *l. 8. 9. 10. & 11. D. h. t.*

Poſtea pubes, &c.) Propter regulam, ut jam diximus; Catonianam.

Aliud negotium) Adeo ut ne matrimonium quidem furore ſuperveniente ſolvatur, *l. 8. de his qui ſui vel al. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Impuberes nec tutore auctore teſtamentum facere poſſe.*
2. *Teſtamentum a furioſo factum tempore dilucidi intervalli ſuſtineri. Et quid ſi de eo dubitetur?*
3. *Cur furor poſtea incidens, &c. teſtamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet?*
4. *Quando locus ſit regulæ, Quæ ab initio recte conſtituta ſunt, reſolvi, cum in eum caſum pervenerunt, unde incipere non poſſunt?*

QUia nullum eorum animi judicium eſt) Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id eſt, qui nondum ad ſupremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus eſt duodecimus, *l.5.hoc tit.* Horum ait nullum eſſe animi judicium, nimirum nullum plenum ac ſolidum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus ſuis una perpetua diſpo-

diſpoſitione ſtatuere cogitat. An igitur non ſaltem tutore auctore impuberi permittendum teſtamentum facere, uti poteſt eo auctore res ſuas alienare, hæreditatem adire, bonorum poſſeſſionem petere, aliaque facere, etſi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deeſt, tutoris pru-
1 dentia ſuppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præſtant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve hæredibus reddunt; hujus vero reddere non poſſunt. Deinde teſtamenta non arbitrio alieno, non precaria, ſed ipſorum teſtatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconſulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis ſtatuatur, & alieni potius quam cognati, remotiores potius quam proximi, hæreditatem conſequantur. Quin tutores, ſi hanc poteſtatem iis permittimus, ſemper operam dabunt, ut non alii, quam a quibus lucrum ſperant, hæredes inſtituantur. Puberes autem teſtamenti factionem habere placuit ſtatim a decimo quarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo conſenſum intervenire, *d.l.5.hoc tit.l.Aurelia 20. §.1.de lib.leg.*

Item furioſi) Furioſi quid a mente captis differant, docui *ſup.tit.de curat.* §. *ſed & 4.* nimirum furioſum quidem omnem & mente captum eſſe ſive dementem; at contra non omnem mente captum eſſe & furioſum, cumque mente captus a furioſo diſtinguitur, ut plerumque fit, eum intelligi, qui cum ſana mente non ſit, in quiete eſt, nec ut furioſi ſolent, agitatur & fertur præceps. Ceterum nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis ſit ſimpliciter, an ad dementiam accedat & furor: conſtatque, quamvis furioſi tantum hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere. *l.2.l.Titia 13 in fin.de inoff.teſt.*

2 *Quo furor intermiſſus eſt*) Furioſus per id tempus, quo furor intermiſſus eſt, teſtamentum jure facere poteſt; *l.9.C.hoc tit.* quemadmodum & teſtis tempore intermiſſionis recte adhibetur, *l.qui teſtamento 20. §.4. hoc tit.* Ceterum ut valeat teſtamentum, neceſſe eſt, ut id uno eodemque tempore remiſſionis perficiat: nam ſi cœpto teſtamento, & necdum perfecto, furor eum iterum invaſerit, nihil actum eſt, etiamſi poſtea remiſſo denuo furore id, quod cœpit, perficiat. *d.l.9.* Quid ſi proferatur teſtamentum conditum a furioſo, quem certum eſt habuiſſe dilucida intervalla, incertum autem ſit, quo tempore id fecerit? Et ſiquidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. ſanæ mentis ſic diſpoſiturus fuiſſe judicetur, pro teſtamento reſpondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius cenſet: cui aſſentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *lib.VII. cap.* 8. refert de Tuditani hominis certæ ac notæ inſaniæ teſtamento; quod a centum viris confirmatum ait, *magis quid ſcriptum eſſet in tabulis, quam quis ſcripſiſſet, conſiderandum exiſtimantibus*, add. Boet. *deciſ.23.num.81.* Mynſ. IV. *obſ. cent.2.* Mantic. *de conj.ult. vol.lib.11.c.2.n.7.* Chriſtin. *vol.IV.deciſ.4.n.8.* Diod. Tulden. *comm. hic. c.3.* Graſſ. *§.teſtamentum quæſt.21.*

Eo, quod ante fecerint, teſtamento valente) *d.l.qui teſtamento 20.§.4.hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum ſuccedens, nec auditus ſermoniſve amiſſio teſtamentum ante factum vitiant, *§§.ſeqq. l.6. §.1. l.is cui 18.eod.* Palam igitur eſt, his caſibus unum tantum tempus inſpici teſtamenti facti, ac ſufficere eo tempore teſtatorem habuiſſe teſtamenti factionem, etſi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Juriſconſultus in *l.1.§.exigit 8.de bon.poſſ.ſec.tab.* ait, Prætorem exigere, ut is, ex cujus teſtamento bonorum poſſeſſio petitur, utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, & cum faceret teſtamentum, & cum moreretur, intelligere debemus, eum non hoc velle, bonorum poſſeſſionem ex teſtamento non dari, ſi teſtator tantum tempore teſtamenti facti jus teſtandi habuerit, ſed non dari ſi habuerit tantum tempore mortis, non etiam tempore conditi teſtamenti, ut exempla illic propoſita oſtendunt. Sic autem 3
jus eſt in mutatione, quæ ſalvo ſtatu & fortunis teſtatoris contingit, cujuſmodi ſunt ſuperiora. Quod ſi qua mutatio poſtea inciderit, per quam capite teſtator minuatur, puta ſi ſervus fiat, in inſulam deportetur, ſi ſe adrogandum det, teſtamentum infirmatur atque irritum fit, *§.4.inf.quib.mod.teſt.inf. l.6.§.irritum 5.& ſeqq. de injuſt.rupt.teſt.* & ratio manifeſta eſt. Quippe his modis non tantum amittitur teſtamenti factio, ſed etiam conditio perſonæ teſtatoris ſic mutatur, ut omnino teſtamentum habere non poſſit, ac ne hæredem quidem. Furioſus vero & prodigus etſi teſtamentum facere non poſſunt, nihil tamen prohibet, quominus hæredem ex teſtamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum ſortiatur.

Neque aliud negotium recte geſtum) De matrimonio idem traditur, *l.8. de his qui ſui vel al. jur.* In ceteris quoque negotiis quin idem juris ſit, dubitandum non eſt, ſive rem ſuam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus conſummata nullo eventu infirmari poſſunt: ſive ſtipulanti aliquid promiſerint, aut alias ſe obligaverint, licet hic aliquid deſit ad conſummationem negotii: ſed hoc a curatore expediri poteſt. Neque enim 4
in omnibus probata eſt ſententia eorum, qui ea, quæ ab initio recte atque utiliter conſtituta ſunt, reſolvi putaverunt, cum in eum caſum incidiſſent, a quo incipere non poterant. *l.exiſtimo 98.l.pen. §.2. de verb.obl.l.in ambiguis 85.§.1.de reg.jur.§.ex contrario 14.inf.de legat.* ſed tunc tantum, cum caſus incidens impedit, quominus, quod cœptum eſt, perfici atque ad finem ſuum perduci queat, ut evenit incidente capitis deminutione teſtatoris. Qua de re fortaſſis pluſcula ad *d.§.ex contrario 14.*

T E X T U S.

De prodigo.

2. *Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt: ſed id, quod ante fecerit, quam interdictio bonorum ſuorum ei fiat, ratum eſt.*

C O M M E N T A R I U S.

QUi bona ſua profundunt, nec modum nec finem impenſarum habentes, prope a furioſis abſunt. Plane enim, quod ad bona ipſorum pertinet,

furioſum faciunt exitum, ut inquit Juriſconſultus *l. his qui* 12. *in fin. de tut. dat. ab his*, quam ob cauſam placuit hujuſmodi hominibus bonorum adminiſtratione interdici: qua interdictione & teſtamenti factio ipſis adempta intelligitur; quippe qui non ſaniore judicio, quid de rebus ſuis poſt mortem fieri velint ſtatuturi creduntur, quam eas tractarent, ſi libera earum adminiſtratio ipſis permitteretur. *l. is cui* 18. *hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio eſt: neque enim his bonorum adminiſtratio interdicta eſt, ut male Don. ad *l. 6. de verb. obl. n. 9.* ſed ſi velint, curatores accipiunt; quibus quidem tum adminiſtratio permittitur, nec jam amplius ipſis minoribus: ſed in hunc maxime finem, ne minores in contrahendo circumveniantur; quod in teſtamento non metuitur.

Quod ante fecerit) *d. l. is cui* 18. Teſtamentum enim, quod interdictione vetuſtius eſt, eadem ratione valere debet, qua quod factum eſt ante furorem. Imperator Leo *Nov.* 39. prodigo permittit τὰ συμφέροντα διοικεῖν, ea facere, quæ ipſi conducunt; & ratum quoque teſtamentum ejus eſſe jubet, in quo mores prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, ſi quædam non levia argumenta ſaniorum morum præceſſerint, per *l. 1. de cur. fur.* Vide Sande *lib.* IV. *tit.* I. *defin.* 3. Groenew. *de ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod ſupra *§. furioſi* 3. *de curat.* aſſeruimus, prodigum, quod attinet rerum adminiſtrationem & effecta juris civilis, non ſtatim cenſeri eum, qui ipſo facto prodigus eſt, ſed tunc demum, cum ei bonorum adminiſtratio interdicta eſt: interdici autem non ipſo jure, ſed cauſa cognita decreto magiſtratus.

TEXTUS.

De ſurdo & muto.

3. *Item ſurdus & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt. Utique autem de eo ſurdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil poteſt, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati homines variis caſibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde noſtra conſtitutio etiam his ſubvenit, ut certis caſibus & modis, ſecundum normam ejus poſſint teſtari, aliaque facere, quæ eis permiſſa ſunt. Sed ſi quis poſt teſtamentum factum, adverſa valetudine aut quolibet alio caſu mutus aut ſurdus eſſe cœperit, ratum nihilominus manet ejus teſtamentum.*

COMMENTARIUS.

Olim etſi quis mutus tantum erat, aut ſurdus, teſtamenti faciendi jus non habebat, niſi ſpecialiter a Principe impetraviſſet, ut ſibi teſtari liceret, *l. 7. hoc tit.* junct. *l. pen. §. 1. unde cogn.* cujus juris ratio ſignificatur a Paulo *lib.* III. *ſent.* 4. quia neque mutus teſtes rogare poteſt; neque ſurdus audire teſtimonium perhibentes. Unde cum nemo quicquam a Principe impetrare poſſit, niſi qui ei preces ſuas aut voce aut ſcripto poteſt exponere, ſequitur, eos mutos, qui ſcribere neſciebant, omnino teſtari non potuiſſe. Juſtinianus, quod ſingulare & perſonale jus erat, jus commune fecit, & generaliter ſurdis omnibus vel mutis teſtamentum facere permiſit, (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius neceſſe non ſit ſingulos id precibus impetrare, *l. diſcretis* 10. *C. hoc tit.* Sic vero ille conſtituit, ut ſi quis mutus & ſurdus ſimul ſit, ſiquidem natura, is omnino teſtamentum facere non poſſit, ſin caſu, ut poſſit; ſi modo ante literas didicerit; ut ſcripto voluntatem ſupremam exprimere queat. At ſi quis tantum mutus ſit, aut ſurdus tantum; ſive tales ſint natura, ſive morbo, his jure teſtari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem ſuam declarare poſſunt aut ſcripto aut lingua. Quod ne muto quidem tantum, qui literas neſciat, teſtamenti factio hac conſtitutione permittitur, confirmat id, quod modo dicebamus, eum, qui talis ſit, nec a Principe teſtandi licentiam obtinere poſſe. Illud in eadem conſtitutione abſurdi eſt, quod Juſtinianus credidit, eum, qui ſurdus natus eſt, loqui poſſe & articulatam vocem edere; cum nihil tam certum ſit, quam ei, cui auditus a natura negatus eſt, & ſermonis uſum ablatum; nec eſſe naturaliter ſurdos, qui non iidem ſint & muti. Quod etiam Plinius teſtatur *lib.* X. *c.* 69. Alex. Aphrodiſ. *problem.* I. 138.

Qui omnino non exaudit, &c.) Hæc plana ſunt. Notum enim eſt, eum, qui tarde aut difficulter exaudit, non ſurdum, ſed ſurdaſtrum dici, ὑπόκωφον, ſubſurdum; & eos, qui graviter aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos, ſed blæſos, balbos, μογιλάλους, appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους. Plane muti etiam illi habendi ſunt, qui ἀσήμως loquuntur, hoc eſt, ſine ulla certa ſignificatione vocis, ἄναρθρον φωνήν *l. mutum* 9. *de ædil. edict. l. 7. in fin. de ſupell. leg.*

Sed ſi quis poſt teſtamentum factum, &c.) Ob eandem rationem, ob quam placere diximus teſtamentum furioſi aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetuſtius eſt, non infirmari.

TEXTUS.

De cæco.

4. *Cæcus autem non poteſt facere teſtamentum, niſi per obſervationem, quam lex Divi Juſtini patris noſtri introduxit.*

COMMENTARIUS.

In cæco nihil eſt, ob quod teſtamentum facere prohibeatur: nam & teſtes accire ac rogare poteſt; & audire ſibi teſtimonium perhibentes. Quapropter & olim teſtamentum facere potuit. Paul. III. *ſent.* 4. & nunc quoque poteſt. Ceterum forma nunc accuratior præſcripta, & quædam ſingularia in teſtamento cæ-

[illegible], ut fraus omnis, cujus hic major metus, evitetur, conſtituta ſunt lege illa Juſtini, quæ hic commemoratur, & extat *l. hac conſultiſſima* 8. *C. hoc tit.* Sententia legis eſt, ut cæcus hæredem nuncupaturus, (ineptum putavi monere cæcum non aliter, quam per nuncupationem teſtari poſſe) præter numerum teſtium ordinarium adhibeat & tabularium, aut ſi tabularii copia non ſit, alium octavum teſtem, qui voluntatem nuncupantis ſcriptura excipiat, cui deinde teſtes omnes & tabularius ſubſcribant, eumque obſignent, uti ſit in teſtamentis ſcriptis, aut ſi prius teſtamentum ſuum ſcripto comprehendi curavit, ut tabularius coram teſtibus eam ſcripturam palam legat, eaque lecta cæcus teſtetur hanc ſuam voluntatem eſſe, deinde omnes ſubſcribant & ſignent. Ubi hæc ſingularia notanda. 1. Quod non ſufficit voluntatis nuncupatio, niſi & ſcriptura accedat. 2. Adhibitio octavi teſtis, qui teſtamentum ſcribat, aut antea ſcriptum recitet. 3. Quod is teſtis debeat eſſe tabularius publicus, ſi ejus copia eſt. 4. Omnium ſubſcriptio & ſubſignatio.

TEXTUS.

De eo, qui eſt apud hoſtes.

5. Ejus, qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, ſive redierit, valet jure poſtliminii; ſive illic deceſſerit, valet ex lege Cornelia.

NOTÆ.

5. *Quamvis redierit*) *l.* 8. *h. t.* nam poſtliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem ſcripti in captivitate ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo convaleſcunt, quia principium eorum jam in civitate conſtitutum erat, nempe teſtamentum, quo confirmati ſunt, *l.* 12. §. 5. *de capt. & poſtl.* ſimile eſt in *l.* 25. *eod.*

Ex lege Cornelia) Poſtliminii & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris ſervatur, *paſſim D. & C. eod.* v. §. 5. *ſup. quib. mod. jus patr. pot.*

COMMENTARIUS.

1. *Etſi teſtamentum apud hoſtes factum jure poſtliminii non convaleſcat, codicillos tamen ibi factos convaleſcere.*
2. *Hodie in orbe Chriſtiano hujus §. uſum non eſſe, præterquam ſecundum quoſdam, ſi qui a Turcis, &c. capti fuerint.*

QUi *apud hoſtes eſt*) *l.* 8. *hoc tit.* Ratio manifeſta eſt, quia captus jure belli ſervus fit hoſtium: ut autem teſtamentum conſiſtat, neceſſe eſt teſtatorem jus teſtandi habere, cum teſtamentum facit; nec poſtliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obſides, niſi eis permittatur, teſtamentum facere poſſunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiſcus eorum bona occupat, *l.* 11. *hoc tit. l. Divus* 31. *de jur. fiſc.* Qui autem a prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l.* 19. §. 2. *de capt. & poſtlim.* teſtamenti factionem retinent, ut & illi, qui apud exteros legatione funguntur. *l.* 11. *in pr. &* §. 1 *hoc tit. & ibi* Cujac. add. Graſſ. §. *teſtamentum quæſt.* 25. Vaſq. III. *contr.* 103. *num.* 1. VINN. Immo & capti in bellis civilibus, *l.* 21. §. 1. *ff. de capt. & poſtl.* Hi enim non fiebant ſervi, ſed proſcribebantur, quod eſt inventum Sullæ. Vellej. *lib.* II. 28. HEIN.

Sed quod dum in civitate, &c.) Teſtamentum ante captivitatem recte factum, etſi re ipſa irritum ſit captivitate, fictione tamen juris ſuſtinetur. Eſt autem duplex in hac re fictio; poſtliminii & legis Corneliæ, *l.* 6. § *pen. de injuſt. rup. teſt.* illa ſi captus redierit, locum habet; hæc ſi in captivitate deceſſerit. Illa fingit retro in civitate teſtatorem fuiſſe; hæc retro in civitate deceſſiſſe. Imperatores in *l.* 9. *C. de poſtlim. rev.* inconſiderate tribuunt legi Corneliæ quod eſt juris poſtliminii. Quærat autem aliquis, cur cum poſtliminio reverſus fingatur ſemper in civitate fuiſſe, & ita habeatur, ac ſi medio tempore nulla captivitas interceſſiſſet, non convaleſcat poſtliminio teſtamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Reſp. quia quod non eſt ante captivitatem, id nec poſtliminium habere poteſt. Non obſtat, quod codicilli in captivitate ſcripti ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo jure poſtliminii convaleſcant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate conſtitutum eſt; nimirum ipſum teſtamentum, quo confirmati ſunt, *l. in bello* 12. §. *codicilli* 5. *de capt. & poſtl.* Eadem ratione placuit, ſi uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa ſit, etiam liberos ibi natos jus poſtliminii habere, & reverſos cum parentibus juſtos liberos eſſe. *l. Divi* 25. *d. tit.* nimirum quia nati ſunt ex matrimonio in civitate legitime contracto. Illud nullius momenti eſt, quod Aretinus movet, eſſe regulam, *media tempora non nocere. l.* 6. §. 2. *l. ſi alienum* 49. §. 1. *de hær. inſt.* §. *in extraneis* 4. *inf. de hær. qual.* ac proinde videri ſupervacuam fictionem juris poſtliminii ad teſtamenta conſervanda. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet, non ad teſtatorem, cujus teſtamentum amiſſa civitate ſtare non poteſt. Fallitur autem Aretinus, dum reſpondet, procedere regulam ſi medio tempore ſtatus teſtatoris mutatus non fuerit. Error hic perſpicuus eſt, *d. l.* 6. §. 2. & ſtatu non mutato, quæ, rogo, poteſt eſſe dubitandi ratio? Porro non in hac tantum parte juris, ſed etiam in ceteris omnibus & poſtliminii & legis Corneliæ fictio ſervatur, *l.* 5. §. 1. *d. l. in bello* 12. §. 1. *l. retro* 16. *l. in omnib.* 18. *& paſſim de capt. & poſtlim. & C. eod.* §. *ſi ab hoſtibus* 5. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* Poſtliminio æquiparatur reſtitutio capite damnati, *l.* 6. §. *pen. de injuſt. rupt. teſt.*

Ex lege Cornelia) *L. lege Cornelia* 12. *hoc tit.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit. Id eſt, fingit, eum, qui apud hoſtes deceſſit eo tempore, quo captus eſt, deceſſiſſe, civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quo auctore lata ſit, non liquet. Quod D. Viglius putat, latam eſſe primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum, conjectura eſt, nec ſatis probabilis. VINN. Immo probabilius eſt, legem hanc Corneliam non aliam eſſe ac illam Cornelii Sullæ teſtamentariam, cujus meminit Cic. *in Verr. lib.* 1. *cap.*

*cap.*42. Et ita Hotomanno quoque videtur. Potuit ea lex & de poſtliminio aliquid ſanxiſſe, adeoque fortaſſis culpa vacant Imperatores in *l.*9. *C.de poſtl. reverſis*, ubi inconſiderate legi Corneliæ tribui ait Vinnius quod ſit juris poſtliminii. Poſtliminii ſane jus non ſolum moribus, ſed & legibus conſtitutum dicitur.
2 *l.*19.*ff. de cap. & poſtlim.* HEIN. Hodie in orbe Chriſtiano nullus hujus §. uſus eſt, niſi in iis, qui a Turcis aut id genus aliis Barbaris capti ſunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *l.ſi quis* 21.§.1.*de capt. & poſtlim.* nunc inter Chriſtianos conſuetudine generali invaluerit, ut bello capti ſervi hoſtium non fiant, ſed liberi & cives maneant, ac jus ſit pretio eos redimere, poterunt etiam, dum apud hoſtes ſunt, teſtari, *arg. l.* 13. *hoc tit.* Alc. *ad l. hoſtes* 118. *de verb. ſign.* Duar. *ad tit. qui teſt. fac. pag.* 318. Graſſ. *d. queſt.* 25. Zypæ *not. jur. Belg. de teſtam.* Sande *lib.* IV. *tit.* 1. *defin.* 2. Nonnulli idem juris habere etiam a Turcis captos exiſtimant. Covar. *c. peccatum p.* 2. §. 11. *num.*6. Cyprian *cenſ. Belg.* Groenew. *de ll. abrog. hic.* Illud etiamnum obſervatur, quod transfuga jus teſtandi non habeat, nam quoniam jura civium amittit, hoſtium numero habetur, *l. poſtliminium* 19. §. *transfuga* 4. *de capt. & poſtlim.* Jac. Verwey *art. teſt. cap.* 4. Sande *ubi ſup.*

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

*Dig. Lib.*28. *Tit.*2. *C. Lib.*6. *Tit.*28. 29. *Nov.*115.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de perſonis, quibus jure publico poteſtas teſtamenti faciendi data aut denegata eſt; item de modo teſtandi, ſive externis teſtamenti ſolemnitatibus, comparatis ad firmandam teſtationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipſo teſtamento inſeri & caveri oportet, ut juſtum ratumque habeatur: quam intrinſecam teſtamenti ſolemnitatem appellare poſſumus. Eſtque duplex: una communis omnium teſtatorum, hæredis ſcilicet inſtitutio: altera quorundam duntaxat propria, & maxime parentum, qui liberos in poteſtate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, ſi ipſi hæredes non inſtituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſario deſiderantur, præcipiendum fuit. *l.inter cætera* 30.*hoc tit. de lib. & poſth. hær.inſt.vel exhær.* Exiſtimaverat aliquando Hotomannus, inſcriptionem hujus tituli corrigendam eſſe, legendumque. *De inſtitutione vel exhæredatione liberorum.* Quod & Weſembecius tacite ſecutus eſt. Verum poſtea idem Hotomannus ab hac ſua ſententia receſſit. Mihi quidem nulla mutatio neceſſaria videtur. Ceterum ſi ſecundum priorem ſententiam Hotomanni inſcriptio concipiatur, non eo minus proba erit: quod oſtendit ἐπιγραφὴ ejuſdem argumenti in Pand. & *d.l. inter cetera* 30. In præcepto quoque legis disjunctio eſt; *Pater filium, quem in poteſtate habet, aut hæredem inſtituito, aut nominatim exhæredato.* Exhæredare eſt eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de ſolis ſuis hæredibus proprie dicitur, qui niſi removerentur, ipſo jure hæredes exiſterent, & vivo adhuc patre quodammodo domini exiſtimantur: *l.in ſuis* 11.*hoc tit.* de extraneis per abuſionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in poteſtate erant & ſui hæredes, exhæredatio æque neceſſaria, nec omiſſæ idem ſemper effectus: ritu quoque variabat pro ſexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati eſſent tempore facti teſtamenti: quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde ſubjicit, quid ipſe novi juris conſtituerit? Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæſtionum juris, qua veteris, qua novi, eoque diligentem atque accuratam deſiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Jus vetus, de liberis in poteſtate.

Non tamen, ut omnino valeat teſtamentum, ſufficit hæc obſervatio, quam ſupra expoſuimus: ſed qui filium in poteſtate habet, curare debet, ut eum hæredem inſtituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeo quidem, ut ſi vivo patre filius mortuus ſit, nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poſſit; quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis utriuſque ſexus antiquitati fuerat obſervatum: ſed ſi non fuerant ſcripti hæredes, ſcriptæve, vel exhæredati exhæredatæve teſtamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accreſcendi eis ad certam portionem præſtabatur. Sed nec nominatim eas perſonas exhæredare parentibus neceſ-

ceſſe erat, ſed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, ſive ita exhæredetur: Titius filius meus exhæres eſto: *ſive ita*: Filius meus exhæres eſto, *non adjecto proprio nomine, ſcilicet, ſi alius filius non extet.*

Notæ.

De exhæredatione) Exhæredatio eſt hæreditatis lege datæ ademptio: unde ſolis de ſuis hæredibus proprie dicitur, de aliis per abuſionem. Aliis hæreditas defertur tantum, ſuis etiam datur. *§. 2. inf. de hær. qual.*

Non ſufficit hæc obſervatio) In modo ſc. teſtandi & ſolemnitatibus comparatis ad firmandam teſtationis fidem, de quo *ſup. tit.* 10.

Vel exhæredem faciat) de quo idcirco etiam inter cetera, quæ ad ordinanda teſtamenta pertinent, præcipiendum fuit. *l. 30. ff. de lib. & poſt.*

Inutiliter teſtabitur) *d. l.* 30. Plane ſi filius patri ſuperſtes bonis paternis ſe abſtineat, voluntas ex bono & æquo ſuſtinebitur. *l. 17. de injuſt. rupt.*

Vivo patre mortuus) *l. 7. h. t.* propter regulam Catonianam. *l. 1. de reg. Cat. l. 29. l. pen. de reg. jur.*

Non ita de filiabus, &c.) Diverſi juris rationem indicat Ulp. *l. 8. §. 1. de injuſt. rupt.*

Nominatim autem) v. *l. 1. l. 2. & 3. D. h. t.*

Commentarius.

1. *Filio, qui in poteſtate eſt, præterito, teſtamentum jure civili prorſus inutile, & nullius momenti eſſe: ac quatuor conſectaria inde deducta.*
2. *Filiæ & nepotibus ex filio præteritis, jure antiquo teſtamentum ſubſtituiſſe, dato his jure accreſcendi ſcriptis hæredibus.*
3. *Ad quam portionem hæ perſonæ præteritæ ſcriptis hæredibus Accreverint?*
4. *An eas præteritas ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas prætor admiſerit?*
5. *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licet non nominatim, neque jus accreſcendi habuiſſe, neque a prætore ad contra tab. bon. poſſeſſionem vocatos; modo cetera leges exhæredationis obſervata fuiſſent.*
6. *An teſtamentum, in quo filius præteritus eſt, prorſus inutile ſit & jure prætorio.*
7. *Filio præterito ſe abſtinente prætorem habere rationem teſtamenti, etiam cum extranei inſtituti ſunt.*

Refertur hic differentia, quæ in re propoſita olim obſervabatur in ſexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore ceteris jure erat filius in poteſtate conſtitutus: ſiquidem hic ſolus a patre neceſſario aut hæres inſtituendus aut exhæredandus erat, ut teſtamentum ſubſiſteret, quod alioqui jure civili prorſus inutile erat & nullius momenti. *l. inter cetera 30. hoc tit. l.*
1 *filio 17. de injuſt. rupt. teſt. & hoc text.* Huic autem juri conſequens eſt, primum, quod etiam hic expreſſit Juſtinianus, ex tali teſtamento hæredem non poſſe exiſtere, etiamſi filius præteritus vivo adhuc patre deceſſerit, propter regulam Catonianam, quæ ſic definit: *Quæ inſtitutio inutilis foret, ſi ſtatim poſt teſtamentum factum deceſſiſſet teſtator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit. l. 1. de reg. Cat. l. pen. de reg. jur. §. an ſerv. 32. inf. de legat.* & generaliter quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere, *l. quod initio 29. de reg. jur. §. 2. de inut. ſtip.* 2. Per hujuſmodi teſtamentum non rumpi id, quod antea a patre legitime factum eſt. *l. 7. hoc tit. §. 2. & pen. inf. quib. mod. teſt. inf.* 3. Non ſuſtineri hoc teſtamentum ob id, quod pater filio legatum, quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus ſit, nec ne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exhæredatione æſtimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes inſtituti, neque ut oportet, exhæredati ſunt, *§. eadem 12. inf. de hær. ab int.* 4. Quod etiamſi filius vel ante teſtamentum vel in ipſo teſtamento præteritioni conſenſerit, nihilo tamen magis ſubſiſtere poſſit. Verum enim non eſt, quod Clar. *§. teſtamentum q. 43. n. 3.* exiſtimat, jus hoc ob ſolum favorem filii conſtitutum eſſe, cui ille renunciare poſſit. Imo forma paterni teſtamenti jure publico præſcripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum conſenſu mutari non poteſt, *l. 3. hoc tit.* junct. *l. jus publicum 38. de pact. cum ſimil.* vid. tamen Ant. Fab. *C. ſuo de lib. præt. deſin. 6.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 19. n. 4.*

Exhæredem eum nominatim faciat) Non quævis exhæredatio ſummovebat liberos ab hæreditate patris, ſed quæ rite facta eſſet: non rite exhæredati pro præteritis habebantur. *l. 8. §. 2. cont. tab.* In ritu autem diſcrimen non faciebat ſexus aut gradus, niſi quod hoc proprie in filio obſervandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat neceſſarium, ut ſtatim audiemus. Cicero *lib. I. de Orat. cap. 38. Quum pater neque hæredem neque exhæredem ſcripſit nominatim.* Vinn. Ex hoc loco patet, jam Ciceronis ævo ab uſu quodammodo receſſiſſe promiſcuam illam exhæredandi prætereundique liberos libertatem, quæ olim ante & poſt XII. tabulis competebat. Vid. *l. 11. ff. de lib. & poſtum.* Liv. *lib. 1. cap. 34.* Adde V. C. Schulting. *Juriſp. vet. antejuſtin. p. 638.* Hein.

Sed non ita in filiabus & aliis per virilem ſexum deſcendentibus) Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote nepteve ex filio, (ex filia nati huc non pertinent, *§. ult. inf. eod.*) præteritis teſtamentum inutile erat: ſed 2
firmo manente teſtamento jus accreſcendi ad certam portionem his dabatur, ut, quaſi & ipſi ſcripti ſcriptæve eſſent, numerum hæredum augerent. *l. ult. C. hoc tit.* Ulp. *tit. 22. §. 12. 15. & 16.* Accreſcebant autem hæ perſonæ hæredibus ſcriptis cum damno, hoc eſt, portionem hæreditatis accreſcendo iis auferebant; ut longe diverſum hoc jus fuerit ab eo jure accreſcendi, quo res accreſcunt; quod fit cum emolumento, cum ſcilicet non petentium partes accreſcunt petentibus, ſeu portio omiſſa portioni agnitæ; de quo, volente Deo, tractabimus *§. ſi eadem 8. inf. de legat.* Ad quam 3
partem hæredibus inſtitutis accreverint, docet Ulp. *d. tit. 22. §. ex ſuis 14. ſcriptis*, inquit, *hæredibus accreſcunt, ſuis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam*; atque ita quoque Cajus *lib. 2. tit. 3. §. 1.* & Theoph. *hic*. Et notandum eſt, ita jus fuiſſe non tantum, cum ſoli aut ſui aut extranei ſcripti eſſent; ſed etiam cum permixtim. Finge extraneum

una

una cum filio æquis partibus hæredem inſtitutum; hic filiæ, ſi præterita erat, ſingulis accreſcebat ad virilem. Quod ſi plures extranei pluresque ſui ſcripti fuerant, extraneis accreſcebat ad dimidiam, ſuis ad virilem. Item ſi duo filii, unus extraneus, huic ad ſemiſſem, illis ad trientem: atque ita ex accidente eveniebat, ut plus conſequeretur filia præterita, quam filius aut filii inſtituti: quod aperte oſtendit locus Pauli 3. *ſent.* 4. ubi ita ſcribit: *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus inſtitutis ſi præterita accreſcat, tantum ſuo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo ſint filii inſtituti, ſuis tertia, extraneis dimidiam tollit*. Cum igitur filiabus & nepotibus ex filio præteritis hoc remedio conſultum fuerit jure civili, quæritur an etiam eo omiſſo bonorum poſſeſſionem contra tabulas petentes admiſerit prætor? Et D. Bachovius putat, magis eſſe, ut prætor eos excluſerit: quod perſpicue falſum eſt. Etenim prætorem nihil aliud conſideraſſe legimus, quam an liberi præteriti eſſent, an exhæredati, ſummotiſque exhæredatis præteritos omnes, inſuper habito diſcrimine ſexus & gradus, admiſiſſe, *l. 1. in pr. & §. 1. de bon. poſſ. cont. tab.* junct. *l. 2. ſec. tab.* quod & Juſtinianus ſignificat, §. *ſed hæc 5. inſ. eod.* cum ait, prætores in dandis bonorum poſſeſſionibus jus ſucceſſionis ab inteſtato, quod liberi omnes ſine diſcrimine ſexus aut gradus ex lege duodecim tabularum habeant, ſecutos. Sed quid argumentis opus eſt? Textus eſt apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba ſunt, *Ex prætore autem habebat* (filia præterita) *contra tabulas bonorum poſſeſſionem in totum*, & iterum paulo poſt; *Cum enim per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, vel jus accreſcendi, ſemiſſem ſubſtantiæ filia præterita accipiebat, &c.* Ait autem nunc *ſemiſſem*, quia ante dixerat conſtitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuiſſe ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant, ſcriptis hæredibus accreſcentes. At cur filius præteritus teſtamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem ſubobſcure indicat Ulpian. *l. 8. §. 1. de injuſt. rupt. teſt. Filia vel nepos*, inquit, *quia, cum emancipantur, una emancipatione exeunt de poteſtate, teſtamentum non rumpunt*. Quorum verborum hic ſenſus eſt, mirandum non eſſe, ſi jus civile facilius præteriri filiam nepotemve ex filio patiatur, quam filium: quippe filium arctiore neceſſitudine eo jure conſtringi cum patre, quam filiam aut nepotem cum patre aut avo; id ex eo conſtare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumiſſionibus, hi una de poteſtate exeunt; videſis, quæ notavimus ad §. *præterea 6. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

5 *Licebat inter cæteros hoc facere*) Græci ἀορίστως, hoc ſcil. modo, *Titius filius meus hæres eſto: cæteri exhæredes ſunto*. Gregor. Naz. in ſuo teſtamento οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκληρονόμοι. Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæredatæve ſcriptis hæredibus non accreſcerent, quod præteritis tribuebatur, nec a prætore ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem vocarentur, *l. 8. contr. tab. in pr.* Tantum ſupererat, ut teſtamentum inofficioſum dicerent, ſi nec quartam debitæ portionis accepiſſent. *l. 8. §. quoniam 8. de inoff. teſt. l. ult. C. hoc tit.* Ceteras leges exhæredationis, ut pure fiat, *l. 3. §. 1. eod.* junct. *l. ſed ſub. 18. cont. tab.* ut ſimpliciter, non ex re certa, *l. cum quidam 19. hoc tit.* ut ab omnibus gradibus, *d. l. 3. §. 2. & ſeqq. eod.* vid. D. Perez. *in C. hoc tit. n. 9. & 10.* etiam in filiabus & natis ex filio locum habuiſſe exiſtimo, iiſque neglectis non rite exhæredationem factam & pro præteritione habitam fuiſſe. Illud conſtat, non eo minus exhæredationem rite factam ex ratione juris veteris intelligi, & teſtamentum ſubſiſtere, quod cauſa exhæredationis teſtamento expreſſa non eſt, cujuſcumque generis ſint liberi exhæredati: ac proinde etiam prætoris beneficium hic ceſſare, ſolamque relinqui exhæredatis querelam inofficioſi. An vero id a Juſtiniano mutatum ſit *Nov. 115. c. 3.* alibi diſputabimus.

Si alius filius non extet? Nam ſi plures ſint filii, benigna interpretatione potius a pleriſque reſpondetur, nullum exhæredatum eſſe, *l. 2. hoc tit.* Demonſtratio autem ac definitio ſufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater perceperit; veluti ſi ex Seja natum dixerit, aliterve eum deſcripſerit, vel cum convitio, *l. 3. pr. eod.* Nam ſermo omnis, ut in univerſum dicam, quo dilucide deſignatur perſona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. l. nominatim 34. de cond. & dem.* Summa igitur diſcriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc eſt; quod præteritio filii teſtamentum infirmabat; quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur; at ceteri præteriti manente teſtamento ſcriptis hæredibus accreſcebant, & quamvis non nominatim exhæredati, tamen ſi cetera obſervata eſſent, pro rite exhæredatis habebantur. Nondum me hinc abire ſinunt interpretes. 6
Illud prius inveſtigandum eſt, an ut teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, nullum eſt jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio? Et video, maximam partem cenſere tale teſtamentum neutro jure ſubſiſtere, atque in totum tam jure prætorio, quam civili improbari, Cyn. Bald. Caſtr. *in l. 2. C. de bon. poſſ. cont tab.* Clar. §. *teſtamentum quæſt.* 43. *n. 1.* Gomez. 1. *var. reſ. c. 11. n. 5.* quam ſententiam prolixe tuetur Ant. Fab. IX. *conj.* 14. & *decad.* XXXVII. *err.* 5. & 6. Argumentum eorum præcipuum eſt, quod in caſu propoſito etiam prætorio jure ſuccedatur ab inteſtato, hoc eſt, filio præterito detur bonorum poſſeſſio unde liberi, *l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. ſi tab. teſt. null. ext.* quaſi nec prætor hic ullas tabulas agnoſcat. Sed verior eſt ſententia Gloſſ. *in d. l. 2. C. cont. tab.* quam & Bart. *ibid.* probat; item D. Vigl. *hic.* Govean. 1. *var. lect.* 5. Vaſq. 111. *controv. illuſt.* 100. & *lib.* 11. *de ſucc. creat.* §. [illegible] *num.* 138. & *ſeqq.* tale teſtamentum jure prætorio nullum non eſſe. Rationes hæ ſunt. 1. Quoniam filius præteritus recte petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l. 1. de bon. poſſ. cont. tab.* §. 1. *inf. de bon. poſſ.* ut proinde neceſſe ſit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2. Quia ſcriptis in eo teſtamento hæredibus datur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, *l. 2. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi prætor dicitur hunc ordinem ſervare, ut primo velit ad liberos præteritos pertinere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, mox ſi inde occupata non ſit, judicium defuncti ſequatur, & ſcriptos admittat ſecundum tabulas. 3. Quod in danda bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas hoc tantum prætor conſideret, an teſtamentum ſeptem teſtium ſignis ſignatum ſit, licet ſolemnia quædam jure civili requiſita deſint. Ulpian. tit.

*tit.*28. §. *etiamſi* 6.4. Quia prætor vix majorem ſuorum, quam emancipatorum rationem habet; quod ex eo patet, quod etiam emancipatos inſtitui aut exhæredari jubet, §.3.*inf.eod.* & tamen ſi præteriti ſint, teſtamentum jure prætorio ſubſiſtit. 5. Huc fac. *l. poſtumus* 12. *in fin. pr. l. filio* 17. *de injuſt.rupt.teſt.l.*12. §.1. *de bon. poſſ. cont. tab.* Ad argumentum autem modo propoſitum commode reſponderi poteſt, prætorem ita eſſe proprii juris auctorem, ut ſimul etiam ſit cuſtos juris civilis, quod etiam ſequatur, ſi quando potentius jus eſt ejus, qui jure civili vocatur. Nec magis abſurdum videri debet, eo jure dici teſtamentum valere, quo etiam ſucceditur ab inteſtato, quam bonorum poſſeſſionem, & ſecundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo, nec ſimul omnibus Prætor conſulit, ſed ſucceſſive: & quia prior ac potentior eſt conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas, hoc prius admittit: quod ſi illi deceſſerint, aut petere neglexerint, nihil abſurdi ſe facturum putavit, ſi tunc ſcriptis hæredibus daret ſecundum tabulas. Quin & ſuos præteritos, qui jure civili teſtamentum nullum dicere poſſunt, admittit ab inteſtato ex capite unde liberi, ut cuſtos & adminiſter juris civilis, *l. ult. hoc tit. l.*1.§.*ult.*
7 *unde liberi*. Plane ſi filius præteritus ultro ſe bonis paternis abſtineat, hic jam fatentur interpretes Prætorem hujus teſtamenti rationem habere, & ſcriptis in eo hæredibus dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quamvis ſubtili juris civilis ratione non eo magis conſiſtat, *l. filio* 17.*de injuſt.rupt.teſt.* idque procedit ex ſententia majoris partis, ſive ſcripti ſint, qui remoto filio rem ab inteſtato auferre poſſent, ſive extranei, teſte Claro *d.quaſt.*43.*n.*3. Veriſſima ſententia, ſed a pleriſque non intellecta aut non bene explicata. Veram eſſe oſtendunt tum cetera, quæ diſputavimus, tum evidentiſſime *d.l.*2. *in pr. ſec. tab.* quo loco Juriſconſultus ſcribit, Prætorem velle, ſi bonorum poſſeſſio contra tabulas a liberis præteritis occupata non ſit, eam ſecundum tabulas reverti ad hæredes ſcriptos, ſine ulla qualitatis eorum diſtinctione. Ita vero eſt, Prætor ut ſimpliciter ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non poteſt: ſed ſæpe accidit, ut ea ſine re ſit inutilis: tum etiam in modo & effectu haud parum intereſt, extranei ſcripti ſint, an qui amoto filio ab inteſtato ſuccederent. Etenim ſciendum eſt bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas aut cum re dari, hoc eſt, cum effectu, ut is, qui accepit, bona retineat; aut ſine re, cum alius jure civili evincere hæreditatem poſſit, Ulp. *tit.*23. §.*ſi ſeptem* 5.*& tit.*28. §.*ult.* Finge ergo, ſcriptum hæredem in petenda bonorum poſſeſſione prævertiſſe filium, qui præteritus erat, bonorum poſſeſſio, quam petens a Prætore accepit, efficietur ſine re, ſive proximus ab inteſtato ſive extraneus ſcriptus ſit, ubi ſcilicet filius jure ſuo uti volet; quippe cujus jus potentius eſt, quam hæredis ſcripti, etiam ipſi Prætori. Et ideo ne res ſit ſine effectu, ſolet fere prætor differre ſecundum tabulas dare, *d.l.*2. *ſec. tab.* Finge, filium præteritum jure ſuo non uti, ſed hæreditate patris abſtinere; hic quidem etiam extranei hæredes in tabulis ſcripti ſecundum eas bonorum poſſeſſionem petere poſſunt: ceterum & hæc ſine re futura eſt, ſi agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabunt ab inteſtato, Ulp. *d. tit.* 23. §. *ſi ſeptem* 5. Verum enim eſt, eo jure teſtamentum nullum eſſe. Sed & prætorem exiſtimo proximos hic prælaturum ex edictis, *Unde legitimi* & *Unde cognati*. Quapropter rariſſime & uno duntaxat caſu fit, ut extranei bonorum poſſeſſionem cum re conſequantur, ſi videlicet proximi ab inteſtato ſuo jure uti nolent, quæ cauſa eſt, quod in hac diſputatione conditio additur in *fin. pr. d. l. poſtumus* 12. *de injuſt. rupt. teſt. ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poſſit*. Atque ad hunc ferme modum etiam diſſerit D. Bachov. *in* §. *non tamen* 6. *inf. quib. mod. teſt. inf.* Ant. Faber. parum hic ſibi conſtat, ut videre eſt *lib.* 1. *conject.* 19. *& lib.* IX. *c.* 14.

Textus.

De Poſtumis.

1. *Poſtumi quoque liberi vel heredes inſtitui debent vel exheredari. Et in eo par omnium conditio eſt, quod & filio poſtumo, & quolibet ex ceteris liberis, ſive fœminini ſexus ſive maſculini, preterito, valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſtumi ſive poſtuma rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque ſi mulier, ex qua poſtumus aut poſtuma ſperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed fœminini quidem ſexus perſona vel nominatim vel inter ceteros exheredari ſolebant: dum tamen, ſi inter ceteros exheredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur preterita eſſe per oblivionem. Maſculos vero poſtumos, id eſt, filios & deinceps, placuit non aliter recte exheredari, niſi nominatim exheredarentur, hoc ſcilicet modo,* Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres eſto.

Notæ.

1. *Poſtumi*) Poſthumi, vel potius poſtumi, ut ſcribendum docet Grot. *ſpar. flor. ſup. ad tit. qui teſt. tut. dar.* dicuntur, qui poſt mortem patris naſcuntur, *l.* 6. *de inoff. teſt. l.* 3. §. 1. *de injuſt. rupt.* Plutarch. *in Coriol. & Syll.* Amm. Marcell. *lib.* XXI. *Uxorem pragnantem reliquit, unde edita poſtuma*.

Totum infirmatur) Neque hoc mutatum *Nov.*115. *c.* 3. ut falſo exiſtimat Acc. igitur poſtumi cujuſcunque ſexus aut gradus præteriti agnaſcendo rumpunt: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt, ſed accreſcunt ſcriptis: filius præteritus teſtamentum valere non patitur, *l.* 1. *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *de injuſt. rupt. l.* 30. *h. t.* Quod ſi poſtumus præteritus vivo patre natus deceſſerit, datur ſcripto hæredi bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. *l.* 12. *de injuſt. rupt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in poſtumis non diſtinguatur ſexus & gradus quoad neceſſitatem exhæredandi?*
2. *Cur placeat poſtumis præteritis teſtamentum ab initio valere?*
3. *Quam rationem habeat, quod filia poſtuma inter ceteros non recte exhæredabatur abſque legato?*
4. *Quam item, quod nepotes poſtumi etiam nominatim exhæredandi?*

Dictum eſt de liberis ſuis hæredibus, qui tempore teſtamenti facti jam nati ſunt: ſequitur de poſtumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati ſunt eo tempore, quo parens teſtamentum condit: quamvis eo adhuc vivo poſtea naſcantur. *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in pr. de injuſt. rupt. teſt.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex diſcrimen hic animadvertitur. Primum eſt, quod poſtumis præteritis, cujuſcunque gradus aut ſexus ſint, teſtamentum ab initio jure conſiſtat, cum præterito filio ſuperſtite teſtamentum injuſtum ſit & nullum. *l.* 1. *& d. l.* 3. §. 3. *de injuſt. rupt.* Secundum, quod poſtumi omnes, ſive maſculi, ſive fœminæ, ſi hæredes non inſtituantur, exhæredandi ſunt; præteriti agnaſcendo teſtamentum rumpunt & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, ſed ſcriptis hæredibus ad certam portionem accreſcunt, ut dictum §. *præc.* Tertium, quod poſtumis filiabus inter ceteros exhæredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum quod poſtumi maſculi non tantum primi gradus, ſed etiam inferiorum nominatim exhæredandi ſunt, quod non eſt neceſſe in nepotibus tempore teſtamenti natis.

Valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione rumpitur) In hoc cernitur differentia filii poſtumi præteriti, & jam nati, qui præteritus teſtamentum ſubſiſtere non patitur: item filiarum nepotumque poſtumorum, & ſuperſtitum, qui præteriti teſtamentum non rumpunt. *l.* 8. §. 1. *de injuſt. teſt.* Cajus *lib.* 2.
1 *tit.* 3. §. 2. Cur vero ſexus & gradus non æque in poſtumis diſtinguitur, ut in liberis natis, placetque non minus, agnatione filiæ poſtumæ præteritæ, aut nepotis, quam filii, teſtamentum rumpi? Nimirum cum benigne atque humaniter, quoad fieri poteſt, de parentum in liberos voluntate ſentiendum ſit: judicarunt conſulti, teſtatorem vel ignoraſſe conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriiſſe. Adhæc incertum eſt, filius in utero ſit, an filia.

2 *Abortum fecerit*) Hinc petenda ratio, cur poſtumo præterito placeat teſtamentum ab initio valere: nimirum quia fieri poteſt, ut non naſcatur, abortum faciente muliere ex qua ſperabatur. *l.* 2. *C. de poſt. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; fruſtraque objicitur, eum, qui in utero eſt, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis ſit, haberi. *l.* 7. *l. pen. de ſtat. hom.* Nullum enim hic incommodum ſentit, cum ſtatim ut editus eſt teſtamentum rumpat: & regula iſta ſic temperanda eſt, ſi modo poſtea naſcatur: tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu vero quis in utero eſt proprie nondum homo vel animal eſt *l.* 9. §. 1. *ad leg. Falc.* ſed ſpes tantum animantis, *l.* 2. *de mort. inf.* nec in poteſtate patris antequam naſcatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus eſt, neque natus, neque procreatus videtur, quia nunquam filius appellari potuit. *l. qui mortui* 129. *de verb. ſign.* Sed etſi mulier monſtroſum aliquid aut prodigioſum enixa ſit, placet teſtamentum non rumpi, *l.* 3. *C. de poſt. hær.* quia liberi non ſunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l.* 14. *de ſtat. hom.*

Sed fœminini quidem ſexus perſona, &c.) Quanquam ad neceſſitatem exhæredandi quod attinet, par omnium poſtumorum conditio erat, nec ſexus in poſtumis diſtinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares poſtumos & fœminas: nam illi omnes non niſi nominatim recte exhæredabantur, hæ poterant & inter ceteros. At enim ſi inter ceteros exhæredatæ eſſent, non aliter rite exhæredatio facta intelligebatur, quam ſi quid eis legatum fuiſſet, Ulp. *tit.* 22. §. *poſtumus* 21. Qua in re etiam elucet inſignis differentia inter exhæredationem 3
poſtumarum, & filiarum ſuperſtitum: hæ enim & ſine legato inter ceteros exhæredari poterant; illæ non poterant, ne, ut ait hic Imp., viderentur præteritæ per oblivionem. Quippe pro poſtuma dici poteſt generalem clauſulam ad eam non pertinere, cum potius præſumendum ſit, patrem ignoraſſe eam eſſe in utero: & ideo ignoratione potius præteriiſſe, quam clauſula illa, *inter ceteros*, voluiſſe exhæredari; uti ſemper benigne judicandum eſt de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem ſuperſtite, quam natam pater novit, dubitari non poteſt, quin pater cogitaverit, & tacite eam comprehenderit ſub ſimplici & indeterminata exhæredatione: uti & de poſtuma, cui inter ceteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præſumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modo dicta ſunt, manifeſtum eſt, recte judicare D. Cujacium ad *l.* 4. *hoc tit.* de interpolatione principii, *l.* 3. *de injuſt. rupt.* & quod Ulp. ſcripſerat, *Poſtumi virilis ſexus nominatim exhæredandi ſunt*, Tribonianum, ut inſerviret conſtitutioni Juſtiniani, de qua dicendum infra §. *ſed hæc* 5. ſic immutaſſe, *Poſtumi per virilem ſexum deſcendentes.*

Filios & deinceps) Certum eſt verbo *deinceps* intelligi nepotes poſtumos ex filio, & eos quidem ſolos, qui nati ſui hæredes futuri ſunt: nam alii teſtamentum non rumpunt, licet in poteſtate avi naſcantur, puta quorum pater adhuc vivit, & in poteſtate patris ſui eſt. §. *ſeq. l.* 13. *de injuſt. rupt.* Ait, *non aliter recte exhæredari, niſi nominatim*. Igitur nec ſi legatum adſcriptum fuerit, valebit ne in nepote quidem exhæredatio, non nominatim, ſed inter ceteros facta. Atque hic jam notandum, primo diverſum jus hac in parte obſervatum fuiſſe in nepotibus naſcituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantum nominatim, ſed inter ceteros quoque exhæredare licebat: quin & ſalvo teſtamento præterire: ejuſdemque omnino conditionis erant, cujus & ſuperſtites filiæ. §. *præc.* Ulp. *d. tit.* Nepotes autem poſtumi utriſque meliores: quippe qui non modo non præteriri, ſed nec inter ceteros tuto poterant exhæredari. Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quam eam, quæ modo 4
dicta eſt filiam poſtumam a nata ſeparare. Deinde notanda etiam differentia inter poſtumos nepotes, & poſtumas

mas filias, quæ inter ceteros recte exhæredabantur, utique legato honoratæ; cum nepotis poſtumi exhæredatio nominatim facienda eſſet, nec ſufficeret inter ceteros exhæredato legatum adſcripſiſſe. At enim inquies, cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non ſimiliter placuit, naſcituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ naſcituræ? Jaſon aperte, & cum eo tacite Viglius, fatentur, ſe hujus rei rationem ignorare: & ſane, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adſcriptum eſt, non poteſt eſſe locus benignæ præſumptioni de alia voluntate parentis, quaſi hunc poſtumum nepotem non tam excludere voluiſſe videri debeat, quam per errorem præteriiſſe. Una illa ex pluribus, quas affert D. Weſembecius, maxime probabilis eſt, quod etſi legatum avus adjecerit, niſi tamen nominatim poſtumum nepotem exhæredaverit, videri poſſit & debeat de poſtuma filia potius naſcitura, (quæ inter ceteros cum adjectione legati exhæredari ſolita erat,) quam de poſtumo maſculo cogitaſſe, ſpe propagationis nominis & familiæ ſuæ: cujuſmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo eſt, quod Ulpian. *d. tit.* 22. §. *nepotes.* 22. ſcribit, nepotes & pronepotes ceteroſque maſculos poſtumos præter filium, vel nominatim, vel inter ceteros cum adjectione legati exhæredandos: ſed tutius tamen eſſe nominatim eos exhæredari, atque id obſervari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias fere eadem vult eſſe conditione, *l.* 8. §. 1. *de injuſt. rupt.* poſſe & nepotes poſtumos ſic ut filias poſtumas exhæredari; ceterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuiſſe. Vinn. Acutior eſt ratio hujus diſcriminis, quam adfert V. C. Schulting. *ad* Ulpian. *l. c. p.* 641. quod jus circa fœminas conſtitutum originem debeat rationibus Voconianis. Hein.

Quicunque mihi filius) Poſitum exempli cauſa: ne quis ex hoc loco colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odioſa. Utendum autem neceſſario generali demonſtratione, cum ſpeciali nomine aut ſigno poſtumus demonſtrari nequeat. An adhuc hodie poſtumi, & præſertim poſt *Nov.* 115. *c.* 3. exhæredari cum aliquo effectu poſſint, alibi videbimus.

Textus.

De quaſi poſtumis.

2. *Poſtumorum autem loco ſunt & hi, qui, in ſui hæredis locum ſuccedendo, quaſi agnaſcendo fiunt parentibus ſui hæredes: ut ecce, ſi quis filium, & ex eo nepotem neptemve in poteſtate habeat, quia filius gradu præcedit, is ſolus jura ſui hæredis habet; quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem poteſtate ſint. Sed ſi filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de poteſtate ejus, incipit nepos neptiſve in ejus locum ſuccedere, & eo modo jure ſuorum hæredum quaſi agnatione nanciſcitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus teſtamentum, ſicut ipſum filium vel hæredem inſtituere vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat teſtamentum; ita & nepotem neptemve ex filio neceſſe eſt ei vel hæredem inſtituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo, ſuccedendo in locum ejus nepos, neptiſve, quaſi agnaſcendo rumpat teſtamentum. Idque lege Julia Velleja proviſum eſt: in qua ſimilis exhæredationis modus ad ſimilitudinem poſtumorum demonſtratur.*

Notæ.

1. *Quamvis nepos quoque*) §. 2. *inſ. de hær. quæ ab int.* §. 2. *inſ. de hær. qual.* & ideo firmum manet avi teſtamentum, in quo hic nepos præteritus, ſi vivo filio nec capite minuto, avus deceſſerit. *l.* 6. *pr. de injuſt. rupt. l.* 7. *ſi tab. teſt.*

In ejus locum ſuccedere) Succeſſio hæc velut quædam agnatio eſt, propterea quod ſucceſſione in locum ſui hæredis ſui hæredes fiunt.

Lege Julia Velleja) Cujus legis caput ſecundum, relatum in *d. l.* 29. §. 30. interpretati Cajus *d. l.* 13. & Juſtinianus *hic.* In caſu *d. l.* 29. §. *pen.* qui ad neutrum caput legis ſeorſum pertinet. Julianus quoque induxit, ne rumpatur teſtamentum, quaſi duobus capitibus legis commiſtis: belle Fabrot. *ad Theoph.*

Commentarius.

1. *Quaſi poſtumorum varia genera.*
2. *Qui agnaſcendo, qui ſuccedendo ſeu quaſi agnaſcendo rumpant?*
3. *Cur plus tributum nepti quaſi poſtumæ, quam filiæ aut nepoti, qui tempore teſtamenti avo proximus eſt?*
4. *Jus antiquum circa inſtitutionem & exhæredationem poſtumorum.*
5. *Quid Gallus Aquilius circa nepotis poſtumi inſtitutionem introduxerit?*
6. *Quid lex Velleja permiſerit non permiſſum jure antiquiore?*

SI cui religio eſt ſcribere *poſthumus*, is per me licet ſine H. ſcribat *Poſtumus*, cum Cujacio *lib.* III. *obſ.* 4. & *in comment. ad l. Gallus* 29. *hoc tit.* Illud tamen tenendum eſt, poſtumos a veteribus proprie dici eos, qui poſt mortem patris naſcuntur, teſtibus Ulp. *l.* 3. §. 1. *de injuſt. teſt.* Varron. *lib.* IV. Feſt. *lib.* XXV. Plutarchus quoque *in Sylla* ſcribit, poſtumos a Romanis appellatos τους ὕστερον της πατερων τελευτης γενομενους; uti & *in Coriolano*. Et ideo Græcis interpretibus dicti κυοφορουμενοι, quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At poſt legem Juliam Vellejam, qua & alii liberi, iique nati vivo adhuc parente teſtatore, hæredes inſtituendi aut exhæredandi ſunt, ne agnaſcendo aut ſuccedendo teſtamentum rumpant inſtar poſtumorum, cœperunt duo quodammodo eſſe poſtumorum ge-

1 genera; unum eorum qui vere & proprie poſtumi ſunt & dicuntur, videlicet qui naſcuntur poſt mortem parentum, alterum, qui improprie & ſecundum quid, nempe quoad effectum rumpendi teſtamentum, ſi non ſint inſtituti aut exhæredati, quos quaſi poſtumos & poſtumos Vellejanos appellare poſſumus. Sed & in his, qui poſt factum teſtamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima ſecundave manumiſſione in poteſtatem patris revertitur, ſimilitudo quædam agnationis ſuorum hæredum eſt, & præteriti inſtar poſtumorum teſtamentum rumpunt, Ulp. *tit.* 23. §. 2. Cajus *lib.* 11. *tit.* 3. §. 4. *l. filio* 23. *hoc tit.* junct. §. 1. *inf. quib. mod. teſt. inf.* Eſt & poſtumus Cornelianus, qui capto ab hoſtibus patre natus eſt in civitate: de quo in *l.* 15. *de injuſt. rupt. teſt. l. qui bona* 22. §. *ult. de capt. & poſtlim.* Ant. Fab. x. *conj.* 9. & 10. ubi diſputat, an hic poſtumus & Vellejanus dici poſſit. Deſcriptus fere ad verbum hic locus eſt ex Cajo *l. poſtumor.* 13. *de injuſt. rupt. teſt.*

In ſui hæredis locum ſuccedendo, quaſi agnaſcendo)
2 Nepotes præteriti, qui demum poſt factum teſtamentum naſcuntur, patre mortuo, avo teſtatore ſuperſtite, non ſuccedendo in locum patris & ſui hæredis, ſed agnaſcendo teſtamentum rumpunt. Naſcuntur enim ſui hæredes, non fiunt ſucceſſione, & ideo pertinent ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *d. l.* 13. ſermo eſt, & ſcilicet qui jam nati ſunt, quo tempore avus teſtamentum facit, ſed quibus pater & ſuus hæres obſtat, quominus & ipſi jura ſui hæredis habeant, illi inquam præteriti, ſi vivo adhuc avo pater eorum ſuus hæres deſierit, teſtamentum rumpunt ſuccedendo, hoc eſt, ſubeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnaſcendo (quoniam agnaſci proprie dici non poſſunt, qui ante teſtamentum nati ſunt,) ſed quaſi agnaſcendo, propterea quod ſucceſſione in locum ſui hæredis ſui hæredes fiunt: nimirum quemadmodum velut poſtumus aut poſtumi loco habetur, qui in jus ſui hæredis ſuccedit, ita & ſucceſſio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Vellejæ caput pertinent, *l.* 29. §. 12. *h. t.* hi ad ſecundum *d. l.* 29. §. 13 *l.* 13. *de injuſt. rupt.*

Quia filius gradu præcedit) Fieri poteſt non in perſona filii, ſed in perſona nepotis, ut in avi poteſtate ſit, nec tamen inter ſuos hæredes numeretur, eo quod pater eum in cauſa ſucceſſionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus ſui hæredis habeat, ſufficit in poteſtate eſſe, niſi ſimul proximum a defuncto gradum obtineat, hoc eſt, nemo eum in ſuo ordine antecedat. §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* Et ideo nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, ſed firmum manet avi teſtamentum, in quo hic nepos præteritus eſt, ſi vivo filio, & in eodem ſtatu manente, avus deceſſerit. *l.* 6. *in pr. de injuſt. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Sed ſi filius vivo eo moriatur) Filio de familia ſublato, ſtatim nepos ex eo in locum & gradum ejus ſuccedit, atque ita ſuccedendo in familia avi jus ſui hæredis quaſi agnatione nanciſcitur: quapropter ſi eo ſe tempore præteritum deprehendat, exemplo poſtumi teſtamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in poteſtate habet, ei, ſi omnino ſecure teſtari velit; neceſſe eſt etiam hunc nepotem, ſimiliter ut filium, hæredem inſtituere vel exhæredare: alioqui ſi contingat filium vivente adhuc patre ſuo mori, aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans teſtamentum rumpet.

Ita & nepotem neptemve ex filio) Plus igitur tribuitur 3
huic nepti, quam filiæ, quæ præterita jure antiquo teſtamentum non rumpit. *ſup. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum eſt, agi hic de nepte, quam pater tempore facti teſtamenti præcedebat, & quæ poſtea in illius ſublati locum ſuccedit inſtar poſtumæ. Itaque quod juris erat in filia poſtuma, ut præterita teſtamentum rumperet, id producendum erat ad hanc neptem, quaſi poſtumam, ſimili conjectura pietatis, quippe quam, ut credi par eſt, hæredem avus feciſſet, ſi tempore teſtamenti primum ab eo gradum obtinuiſſet. Eademque ratio eſt, cur neptis hæc meliore etiam conditione ſit, quam nepos, qui tempore teſtamenti avo proximus eſt; quod cum non animadverteret D. Viglius, credidit, *in pr. h. tit.* jus antiquum referri, quod poſtea lex Velleja abrogaverit, inſigni & manifeſto errore. Illud quoque notandum, quod particula *nominatim*, quæ in propoſitione hujus comparationis exprimitur, non reperitur in redditione, uti nec in *d. l.* 13. *de injuſt. rupt.* Id quod conſulto factum eſt, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exhæredatione, quod ad neceſſitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cum neptis ex filio adſcendens in locum patris utatur jure poſtumæ, ſufficere debet indefinite eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia poſtuma. Enimvero nepotem, quem poſtumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exhæredandum eſſe arguunt, quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Julia Velleja proviſum eſt) Legis hujus duo præcipua capita fuiſſe docet nos Scævola, *l. Gallus* 29. §. *nunc de.* 11. *& ſeqq. hoc tit.* quorum uno permiſſum fuit, inſtitui poſtumos etiam alienos, dummodo ſui naſcerentur, licet vivo adhuc teſtatore: altero cautum, ne nepotes in locum ſui hæredis ſuccedentes teſtamentum rumperent, in quo ipſi inſtituti eſſent, vel exhæredati: cujus poſterioris capitis explicatio a Juſtiniano hoc loco tradita eſt verbis Caji in *l. poſtumorum.* 13. *de injuſt. rup. teſt.* Nihil adhuc intelligimus, niſi ſciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiſerit non permiſſum jure antiquiore? Exponam autem paucis, quid in re obſcura ſentiam,
Cum lege duodecim tabb. ita cautum eſſet: *Uti quiſ-* 4
que legaſſit ſua rei, ita jus eſto, *l. verbis* 120. *de verb. ſign.* hæc legis verba, *uti legaſſit*, ſic prudentes interpretati ſunt, ut quiſque certo conſilio ac judicio ſtatuerit, decreverit, aut imperaverit, quid de re pecuniaque ſua poſt mortem ſuam fieri velit. Abſurdum enim viſum fuit, eam teſtatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec conſilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex ſententia legis perſona incerta, hoc eſt, quam incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, neque hæres inſtitui, neque legatum ex teſtamento capere poterat. §. *incertis* 25. *de legat. inf.* Ulp. *tit.* 22. §. 3. ubi & eandem hanc ejus rei ra-

tionem reddit, quoniam certum eſſe debet, conſilium teſtantis. His porro conſequens eſt, nec eum, qui in utero eſt, ex ejuſdem legis ſententia hæredem potuiſſe inſtitui, utpote qui & ipſe perſona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur §. *alienus 26. inf. de legat.* ἐοικε τοις ἀγκερτοις προσωποις, propterea, credo, quod incertum eſt, an naſciturus aliquando ſit, nec ne; maſculus, an fœmina; unus, an plures naſcituri. Et quanquam quod ad legitimas hæreditates poſtumus pro jam nato ſemper habitus eſt, *l. pen. de ſtat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate teſtamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut ſive inſtitutus, ſive exhæredatus, ſive præteritus eſſet is poſtumus, qui ſuus hæres teſtatori naſciturus erat, teſtamentum agnaſcendo rumperet, & in totum voluntatem teſtatoris everteret, paulatim diſputatione fori introductum ad conſervanda ſuprema hominum judicia, ut & in teſtamentaria ſucceſſione poſtumi ſui, hoc eſt, qui ſi tempore teſtamenti naſcerentur, inter ſuos hæredes futuri & præteriti teſtamentum omnimodo rupturi eſſent, pro natis haberentur, inſtituique atque exhæredari poſſent, quod Cajus quodammodo ſignificat *lib. 2. tit.* 3. §. 2. ubi de inſtitutione & exhæredatione poſtumorum agens ait, in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi. In alieno poſtumo nihil viſum, cur a ratione juris veteris recederetur; quippe cujus inſtitutio neceſſaria non eſt, cum natus teſtamentum nunquam rumpat. At enimvero quia fieri poteſt, ut qui tempore teſtamenti alienus eſt, ſuus tamen naſcatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur, an teſtamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, ſed nativitatis inſpicitur,) Gallus
5 Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, ſed quod nemo ante eum obſervaverat oſtendens) poſſe etiam eos poſtumos, & nimirum nepotes, qui teſtamenti quidem tempore alieni ſunt, ſubducto autem patre ſui hæredis avo naſcerentur, hæredes inſtitui ſine fraude ejus juris, quo placebat poſtumos alienos hæredes inſtitui non poſſe. Quam in rem concepit hujuſcemodi formulam: *Filius meus hæres eſto. Si filius meus vivo me morietur: tunc ſi quis mihi ex eo nepos poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres eſto, l. Gallus* 29. *h. tit.* Dices, nepotem hic inſtitutum eſſe poſtumum alienum. Fatebor, ſi ſimpliciter conſideretur ut poſtumus; quia ſi tempore teſtamenti facti naſceretur, non eſſet ſuus hæres avo teſtatori. Negabo, ſi ut poſtumus Aquilianus, ſive eo modo, quo a Gallo inſtituitur, qui inſtitutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo ſuus erit: ea vis eſt articuli *tunc*, quod temporis extremitatem ſignificat, *l. 4. §. 1. de cond. & dem.* Hoc igitur modo conſideratus non alienus, ſed ſuus eſt, & ſalva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam inſtituitur. Adhuc poſtumi vivo teſtatore nati inſtitutio inutilis erat. Etenim cum ut poſtumos hæredes inſtituere liceret, eatenus duntaxat receptum eſſet, quatenus teſtamentorum favor & neceſſitas poſtulabat, eorum, qui vivo teſtatore naſcuntur, inſtitutio non videbatur neceſſaria: quamvis enim & ipſi non eo minus teſtamentum rumpant; licebat tamen teſtatori aliud teſtamentum condere, ac rei ſuæ de integro proſpicere. Porro nec is poſtumus, qui tempore teſtamenti alienus erat, pure poterat inſtitui: hoc enim ut fieri poſſet, Gallus non induxerat, neque adeo inducere poterat ſalva ratione juris. Poſtremo neque nepotis, quem filius præcedebat, nati ante teſtamentum factum inſtitutio efficiebat, quominus in patris remoti locum poſtea ſuccedens teſtamentum rumperet: fortaſſis, quia viſum eſt non ſufficere inſtitutum eſſe, tanquam extraneum eum, qui, tempore mortis teſtatoris reperitur ſuus. Tandem 6
etiam in iſtis omnibus teſtamentorum ſecuritati proſpectum eſt lege Julia Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt: quorum primo permittitur eorum poſtumorum inſtitutio, qui vivis nobis ſui naſcituri ſunt, ut etiam pure inſtitui poſſint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore teſtamenti facti, ſuccedentes vivo teſtatore in locum ſui hæredis teſtamentum rumpant, in quo ipſi ſunt inſtituti aut exhæredati. *d. l. Gallus* 29. §. *nunc de.* 11. *cum ſeqq. hoc tit.* Plura qui noſſe deſiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l.* extant doctiſſimorum hominum; Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati *lib.* III. *paradox. cap.* 2. *& ſeqq.* Ant. Fab. *lib.* IX. *conj. per tot.* & multis *capp. lib.* X. ſed noſtra hæc ut præluceant. Vinn. Obiter monere viſum, hanc legem proprie non dici *Juliam Vellejam*, uti in hoc §. & apud Ulpian. *tit.* XXII. §. 19. ſcriptum reperimus, ſed *Juliam Vellejam. l.* 10. §. 2. *ff. de teſt. tut. l.* 13. *ff. de injuſt. rupt. irr.* Unde auctores ſunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coſſ. quibus & SC. Vellejanum tribuitur. *l.* 2. §. 1. *ff. ad SC. Vell.* Adde laudat. Schulting. *ad* Ulpian. *l. c. p.* 640. Hein.

Textus.

De Emancipatis.

§. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes inſtituere, neque exhæredare neceſſe eſt: quia non ſunt ſui hæredes. Sed prætor omnes, tam fœminini ſexus, quam maſculini, ſi hæredes non inſtituantur, exhæredari jubet; virilis ſexus nominatim, fœminini vero inter ceteros: quia ſi neque hæredes inſtituti fuerunt, neque ita, (ut diximus,) exhæredati, promittit eis prætor contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem.*

Commentarius.

1. *Emancipatos ſub colore quodam ſuitatis a prætore vocari ad bonorum poſſeſſionem.*
2. *Prætorem in modo exhæredandi ſecutum diſtinctionem ſexus & gradus, quam jus civile fecit.*
3. *Abſurdum non eſſe, quod filia emancipata melioris conditionis jure prætorio fuerit, quam non emancipata jure civili.*

Quia non ſunt ſui hæredes) Liberi emancipati exeunt e familia & poteſtate patris, §. *præterea 6. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* ac ſui juris ita effecti pro-

propriam familiam habere incipiunt, *l. pronuntiatio* 195. §. 2. *de verb. ſign.* Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt; deſinunt eſſe ſui hæredes & agnati, quos ſolos ad ſucceſſionem ab inteſtato lex vocat propter familiarum conſervationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur. *l. 6. §. 1. de bon. poſſ. l. 7. de cap. min. §. 3. inſ. de hær. qual. §. emancipati 9. inſ. de hær. ab int.* Quo poſito ſequitur, nec ullam eo jure patri neceſſitatem imponi liberos emancipatos vel inſtituendi vel exhæredandi, eorumque præteritione teſtamentum injuſtum aut nullum non eſſe.

Prætor ſi hæredes non inſtituantur, exhæredari jubet) Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc eſt, emancipationem deſierunt eſſe ſui hæredes: tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili (quippe emancipati non minus natura liberi ſunt, & maſculorum ſoboles, quod ex parte jus civile conſiderat, quam non emancipati,) reſcindit eorum capitis deminutionem, *l. 6. §. 1. de bon. poſſ.* & ſi teſtamento facto præteriti ſunt, pollicetur eis bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l. 1. & paſſim de bon. poſſ. cont. tab.* & cum ſuis quoque hæredibus ab inteſtato eos vocat ad bonorum poſſeſſionem unde liberi. *§. emancipati 9. inſ. de hær. ab int. d. l. 6.* §. 1. Itaque, cum effectu juris emancipati beneficio prætoris tantum conſequantur, quantum ſui, (bonorum enim poſſeſſio re ipſa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l. 1. l. 2. de bon. poſſ.*) ideo ait, jubere prætorem emancipatos quoque liberos hæredes inſtitui aut exhæredari. Et notandum quod Juriſconſultus in *d. l. 6. §. 1. eod. tit.* ait, prætorem reſcindere eorum capitis deminutionem poſt mortem
1 patris. Ex quo intelligimus emancipatos non ſimpliciter ut emancipatos, ſed ſub colore quodam ſuitatis a prætore admitti, quaſi de poteſtate nunquam exiiſſent. Etenim reſciſſa capitis deminutione quodammodo in integrum & in priſtinum ſtatum reſtituuntur. *fac. l. 3. §. ſi emancipatus 5. cont. tab. & ibi Gloſſ.*

Fœminini ſexus inter ceteros) Cujac. Hotom. Weſemb. *& inter ceteros*, quod magis placet; quaſi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter ceteros; aut, ut Ulp. *tit. 22. §. mancipatos 23. Maſculos nominatim, fœ-*
2 *minas vel inter ceteros*. Voluit nimirum prætor in modo exhæredandi ſervari differentiam, quam in ſexu jus civile faciebat, & haud dubie etiam, quam idem jus faciebat in gradu, de quo in *pr. hujus tit.* Melioris tamen conditionis apparet fuiſſe filias emancipatas jure prætorio, quam erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ teſtamentum in totum jure prætorio reſcinderent, hæ non reſcinderent, ſed ſalvo teſtamento ad certam duntaxat portionem
3 ſcriptis hæredibus jure civili accreſcerent. Quod minime abſurdum eſt, licet id exiſtimet D. Bachovius: ſiquidem filiæ, quæ in poteſtate erant, præteritæ, præter jus illud accreſcendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ, (in quo erravit Bachovius, ut ſupra oſtendimus) & teſtamentum in totum evertebant. Quanquam poſt conſtitutionem Antonini non plus per bonorum poſſeſſionem contra tabulas conſequebantur, quam quantum jure civili capiebant per jus accreſcendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. præt.* & omnino veriſimile eſt & poſt eam conſtitutionem nec emancipatas per eandem bonorum poſſeſſionem plus accepiſſe, quam accepturæ fuiſſent, ſi manſiſſent in poteſtate; quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit (ita legendum, non *permittit*, *l. 7. C. comm. de ſucc. in Baſil.* ἐπαγγέλλεται) *eis prætor bon. poſſeſſionem contra tabul.*) Teſtamentum, in quo emancipatus præteritus eſt, & civili & prætorio jure ſubſiſtit: & ideo emancipato præterito prætor non dat bonorum poſſeſſionem ab inteſtato unde liberi: ſicut præterito filio, qui in poteſtate eſt, (nam tale teſtamentum jure civili non conſiſtit) ſed reſcindit teſtamentum patris data bonorum poſſeſſione contra tabulas, *l. 1. de legat. præſt. cont. tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero ſuis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab inteſtato ſuccedere poſſunt, nihilominus hoc etiam remedium a prætore detur, dicemus ſuo loco *tit. de bon. poſſ. lib.* 3. Quod detur, ſatis argumenti eſt, tale teſtamentum jure prætorio non eſſe nullum: eſt enim remedium hoc natura ſua reſciſſorium; quod autem nullum eſt, reſcindi non poteſt, *l. 5. de injuſt. rupt. teſt.* de quo copioſius diſſeruimus *in pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu ſunt in poteſtate patris adoptivi, ejuſdem juris habentur, cujus ſunt juſtis nuptiis quæſiti. Itaque hæredes inſtituendi vel exhæredandi ſunt, ſecundum ea, quæ de naturalibus expoſuimus. Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverſo, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem ſunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes inſtituere, neque exhæredare neceſſe ſit: cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea cauſa eſſe, in qua futuri eſſent, ſi a naturali patre emancipati fuiſſent.*

NOTÆ.

4. *Ejuſdem juris*) Extra nuptias quæſiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent. *§. 9. inſ. de hær. quæ ab int. Nov. 89.*

Neque jure civili, &c.). Non jure civili, quia deſinunt eſſe ſui hæredes: nec jure prætorio, quia ſimul nomen quoque liberorum amittunt. *l. 4. ſi tab. teſt. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. contr. tab.*

Extraneorum numero). Tantum tertio loco ab inteſtato a prætore admittuntur in ordine cognatorum. *§. 3. inſ. de hær. ab int. l. 1. §. unde cogn.*

Cum

Cum vero emancipati &c.) Scil. vivo patre naturali, §. 20. *inf. d. t.* Hoc enim caſu, de utriuſque parentis exciderent ſucceſſione, voluit prætor eos jus naturale liberorum recuperare. *l. 4. ſi tab. teſt.*

Commentarius.

1. *Inſignis error Hotomanni notatus.*
2. *Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum diſſolvi.*
3. *Adoptatos, quamdiu ſunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.*
4. *Emancipatos a patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.*

CUm adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfam. ſuorumque hæredum, ac natura naturalibus: *l. 1. & paſſim, de adopt. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. l. 5. C. de ſuis & leg. cum ſimil.* conſequens omnino eſt, ut & ipſi non minus, quam liberi naturales, hæredes inſtitui debeant aut exhæredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum teſtamenta infirmanda, quod naturales habent. *l. 1. in pr. cont. tab.* Naturales autem liberos hic intelligimus eos, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt: ſic enim paſſim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. ſup. de adopt.* Ceterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data ſunt, quæ habent ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati ſunt. *d. §. 2. inf. de hær. ab int. Nov. 89.* De his dictum *§. ult. ſup. de nupt.*

Secundum ea, quæ de naturalibus expoſuimus) Et igitur filii adoptivi nominatim exhæredandi, nepotes & filiæ vel inter ceteros. Item filio adoptivo præterito aut non rite exhæredato teſtamentum ipſo jure nullum eſt; filia & nepote præteritis firmum manet, ſed præteriti inſtitutis hæredibus accreſcunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales,
1 ſecundum ea, quæ tradita ſunt *initio hujus tit.* Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuiſſe filiæ adoptivæ, quam naturalis; quaſi illius præteritio teſtamentum rupiſſet, hujus non rupiſſet, per *l. 8. in pr. de injuſt. rupt. teſt.* Alioqui certe vidiſſet, Ulpianum loqui eo loci non de præteritione filiæ, quæ jam ante a teſtatore adoptata fuerat, quam teſtamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum poſt factum teſtamentum: quæ cum utatur jure poſtumæ, & in poſtumis ſexus non diſtinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, *§. 1. ſup. eod.* teſtamentum rumpit quaſi agnatione ſui hæredis.

2 *Emancipati a patre adoptivo neque jure civili, &c.*) Jura liberorum adoptivorum non diutius durant, quam quamdiu conſtat adoptio: ea per emancipationem diſſoluta nullum amplius jus habent, ſed penitus extranei ſunt patri quondam adoptivo, ſive jus civile ſpectes, quia deſierunt eſſe ſui hæredes: ſive honorarium, quia & nomen liberorum amiſerunt, ut ceſſet ratio naturalis & æquitas edicti. *l. 4. unde liberi, l. 1. §. & ſui 6. l. 3. §. 2. cont. tab.* Et igitur nec teſtamento facto præteriti, contra tabulas admittuntur. Hoc text. *& §. eadem 12. inf. de hær. quæ ab int.* nec ad bonorum poſſeſſionem unde liberi ab inteſtato. *l. 1. §. liberos 6. d. l. 4. unde lib. §. minus ergo rt. & d. §. eadem 12. inf. de hær. ab int.*

Quamdiu ſunt in adoptiva familia, extraneorum numero) Liberi adoptati quamdiu ſunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis; ſed huic interim intelliguntur eſſe extranei, non tantum jure civili, verum etiam eo jure, quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abunde eos habere cenſuit in familia patris adoptivi, cui jure civili ſuccedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis ſarciant; abſurdum autem eſſe, unum atque eundem jus filii cum effectu ſuccedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem, qui in adoptiva familia ſunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque juri civili teſtamentum nullum dicere poſſunt, neque jure prætorio bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, neque quaſi liberi ab inteſtato, *§. at hi 10. cum ſeqq. inf. de hær. ab int. fac. l. ult. unde lib.* tantum tertio ordine hoc caſu admittuntur, ut cognati. *§. admonendi 13. d. tit.* 3

Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt, &c.) Quoniam emancipati a patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum eſt, ne utriuſque parentis ſucceſſione fraudentur, voluit prætor eos jus familiæ naturalis recuperare, *d. l. 4. unde lib.* hoc eſt, eo jure haberi, ac ſi a vero & naturali patre emancipati eſſent, inque eo ſtatu ſemper manſiſſent, ut niſi hæredes inſtitui aut exhæredati fuerint, bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſint. Nec intereſt, utrum qui a naturali parente in adoptionem datus ſit, an, qui emancipatus ab eo ipſe ſe adrogari ſiverit, poſtea iterum a patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum eſt, *d. §. at hi 10. inf. de hær. quæ ab int. def.* 4

Textus.

Jus novum.

5. Sed hæc quidem vetuſtas introducebat. Noſtra vero conſtitutio inter maſculos & fœminas in hoc jure nihil intereſſe exiſtimans, quia utraque perſona in hominum procreatione ſimili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes ſimiliter ad ſucceſſionem ab inteſtato vocabantur, quod & prætores poſtea ſequuti eſſe videntur: ideo ſimplex ac ſimile jus, & in filiis, & in filiabus, & in ceteris deſcendentibus per virilem ſexum perſonis, non ſolum jam natis, ſed etiam poſtumis, introduxit; ut omnes ſive ſui ſive emancipati ſint, vel hæredes inſtituantur, vel nominatim exhæredentur: & eundem habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda, et hæreditatem auferendam, quem filii

filii ſui vel emancipati habent, ſive jam nati ſint, ſive adhuc in utero conſtituti, poſtea nati ſint) Circa adoptivos autem filios certam induximus diviſionem, quæ in noſtra conſtitutione, quam ſuper adoptivis tulimus, continetur.

Notæ.

5. *Noſtra conſtitutio*) *l.* 4.*C.h.t.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. *tabularum*) *l.*14. *C. de legit. hær.* ubi hæc eadem iiſdem fere verbis exponuntur.

Per virilem ſexum) Quippe matri & avo materno in cauſa inſtitutionis & exhæredationis liberi extranei ſunt tam jure prætorio, quam civili. *inf.*§.*ult.*

Ut omnes) Tam filiæ & nepotes neptesque, quam filii; & tam naſcituri, quam jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex ſexu & gradu tam in ſuis, *ſup. in pr.* quam emancipatis, *ſup.* §.3. tam in jam natis, quam in poſtumis, §.1. *ſup.* Differentia autem inter ſuos & emancipatos non tollitur, hoc eſt, emancipati liberi non exæquantur ſuis, ut & ipſis præteritis teſtamentum jure non ſubſiſtat.

In utero conſtituti) Ut filiæ poſtumæ non nominatim exhæredatæ agnaſcendo rumpant, licet legatum acceperint: quod ſecus erat jure antiquo: §.1.*ſup.*

Commentarius.

1. *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis & modum exhæredationis liberorum, ratione ſexus.*
2. *Eorumdem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3. *Sublatio diſcriminis quod circa eadem erat in ſexu inter poſtumos.*
4. *Falli, qui putant hoc §. tolli differentiam ſuorum & emancipatorum.*
5. *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Juſtinianus?*

HUc uſque relatio juris antiqui: ſequitur novum introductum conſtitutione Juſtiniani, quæ extat *l.ult.C.hoc tit.* qua ille conſtitutione ſuſtulit veterem in re, de qua diſputamus, differentiam, ſexus & gradus liberorum, natorum, & poſtumorum, juſſitque omnes, ſive mares ſint, ſive fœminæ, ſive filii, ſive nepotes, ſive jam nati, ſive adhuc naſcituri, æquabiliter vel inſtitui vel exhæredari, ſive de jure civili quæratur, ſive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco cauſam affert, qua motus novum hoc jus conſtituerit; quæ tamen in ſumma una eſt, favor ſexus fœminei.

Quia utraque perſona ſimili naturæ officio) Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ funguntur. Et ideo in conſtitutione ſua inſurgit in auctores iſtarum differentiarum, quaſi naturæ accuſatores exiſtant: quæ cur, inquit, non totos maſculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Ceterum ut demus hoc verum eſſe, & utique hoc verum eſt, naturam utroque ſexu ad conſervationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non eſt, ut propter eam jus vetus, tanquam iniquum, mutari debuerit: ſane non ideo dicendus eſt naturam accuſare, qui maſculos a fœminis in ſucceſſione parentum ſive teſtamentaria ſive ab inteſtato ſecernit: alioqui & ipſe naturæ auctor accuſandus fuerit, qui filio ſuperſtite a ſucceſſione patris excludit filiam. *Num.* XXVII. *v.* 8. Sunt enim & alia, maximeque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares eſſe in cauſa ſucceſſionis, quam fœminas, iniquum non eſt.

Et lege antiqua 12. *tabb. omnes ſimiliter*) Ratio altera, qua argumentando a ſucceſſione ab inteſtato ad teſtamentariam novi ſui juris æquitatem commendat. Notum autem eſt, leg. 12. tabb. in ſucceſſione liberorum ab inteſtato nullum diſcrimen in ſexu agnoſcere, filiaſque non minus, quam filios ad hæreditatem inteſtati parentis vocare. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in poteſtate ſunt, ſi filius ſuus hæres eſſe deſiit, *l.*1. §.2. *&* 4. *de ſuis & legit.* §. 2. *&* 6. *inf. de hær. ab int.* & tamen diſtinctio inter ſexum & gradum teſtamento facto eſt ex ratione ejuſdem legis, *arg. l.* 8. §.1. *de injuſt. rupt. teſtam.* & certe plus eſt, evertere teſtamentum, quam jus ſuccedendi ab inteſtato habere. Ait, *Quod & prætores poſtea ſecuti videntur.* Scilicet in danda bonorum poſſeſſione ab inteſtato: nam teſtamento facto filiabus inter ceteros exhæredatis contra tabulas bonorum poſſeſſionem nec prætor dedit, non magis quam emancipatis, aut filiabus poſtumis, quibus inter ceteros exhæredatis legatum adſcriptum erat, §.1. *&* 3. *ſup.* junct. *l.*8. *in pr. cont. tab.*

Et in filiis & in filiabus & in ceteris, non ſolum jam natis, ſed etiam poſtumis) His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæredationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata eſt. Et primum exæquantur liberi in ſexu, (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium & civile) jubenturque tam filiæ quam filii, ſi hæredes non inſtituantur, nominatim exhæredari: præteritis, aut non nominatim exhæredatis, datur idem jus ad infirmandum patris teſtamentum, quod filii ſui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in poteſtate ſunt, præteritis jus teſtamentum nullum dicendi; emancipatis evertendi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus tit.* ex jure veteri traditum eſt, filiabus, quæ in poteſtate erant, præteritis teſtamentum non fuiſſe nullum, ſed præteritas ſalvo teſtamento ad certam portionem accreviſſe hæredibus ſcriptis, hic jam abrogatur, & teſtamentum jubetur eſſe inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuiſſe & inter ceteros filias haſce exhæredari, eo ſcilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret a jure accreſcendi, & prætor a bonorum poſſeſſione contra tabulas, *l.* 8. *cont. tab.* Nullumque aliud remedium eis ſupereſſet, præter unum querelæ inofficioſi. *arg. d.l.*8. junct. §. *ult. inf. hoc tit.* Nunc enim poſt conſtitutionem Juſtiniani, etſi exhæredatæ ſunt, dum tamen non nominatim, ſed inter ceteros, teſtamentum jure civili non magis ſubſiſtit, quam ſi filius inter ceteros exhæredatus ſit; patebitque eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, ceſſante quere-

tela inofficioſi teſtamenti, *d. l.* 8. § 2. *cont. tab.* junct. §. 2. *inf. de inoff. teſt.* Denique & illud, quod prætori ſatis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi inter ceteros eſſent exhæredatæ: nunc enim tanquam præteritæ a prætore admittendæ ſunt inſtar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim
2 prætor habuit, §. *emancipatos ſup. eod.* Secundo tollitur differentia graduum, liberique ſecundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc eſt, nepotes & deinceps per virilem ſexum deſcendentes filiis, quoad utriuſque juris effectum. Ac proinde, quemadmodum filii ſui, ita & ſui nepotes, & deinceps, vel inſtituendi ſunt, vel nominatim exhæredandi, iiſque præteritis, aut non nominatim exhæredatis, perinde teſtamentum ipſo jure nullum erit, ac ſi filius, qui in poteſtate eſt, præteritus aut non nominatim exhæredatus eſſet: ceſſatque jus vetus accreſcendi, quod manente teſtamento, nepotibus quoque ſuis præteritis dabatur, *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantum clauſula exhæredatos tanquam præteritos nunc agnoſcit. Deinde ut filio emancipato non inſtituto neque nominatim exhæredato prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ita & natis ex eo, qua pater eos non præcedit. Per *l. in pr. &* §. 3. *cont. ta-*
3 *bul.* Tertio tollitur differentia inter natos & poſtumos, & ſimul, quæ in ſexu quoque erat inter ipſos poſtumos, jubenturque & filiæ poſtumæ & neptes ex filio inſtitui aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati, & poſtumi maſculi: idemque jus datur filiabus & neptibus poſtumis præteritis vel non ſpecialiter exhæredatis, quod poſtumi maſculi habent, ſcilicet ut agnaſcendo teſtamentum rumpant, etiamſi legatum acceperint: quod ſecus erat jure veteri, §. 1. *ſup. eod.* quo jure cum nec prætor bonorum poſſeſſionem contra tabulas daret, *d. l.* 8. *cont. tab.* neceſſaria hoc caſu erat poſtumis fœminis querela inofficioſi teſtamenti, §. 2. *inf. de inoff. teſtam.* nunc autem & jure civili tanquam præteritæ rumpunt, & a prætore non negliguntur. Atque hanc eſſe hujus loci ſententiam cum ſequentia demonſtrant, tum apertiſſime *dict. l. ult. verſ. ſancimus & ſeq. C. hoc tit.*

4 *Ut omnes ſive ſui, ſive emancipati ſint, &c.*) Hallucinatur Bart. *in auth. ex cauſa C. hoc tit.* & cum eo fere interpretes vetuſtiores, qui teſte Curtio Jun. *in d. auth. num.* 43. & Jul. Claro §. *teſtamentum quæſt.* 42. *num.* 2. tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum ſuorum & emancipatorum. Palam enim eſt his verbis, *ut omnes, ſive ſui ſive emancipati, eundem habeant effectum, quem filii ſui vel emancipati habent,* non comparari emancipatos cum ſuis, ſed cum filiis ſuis ceteros ſuos liberos, cum filiis emancipatis ceteros emancipatos eorumque maſculorum liberos, cum ſexu virili ſexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores, ac proinde non hoc velle Juſtinianum, ut emancipati ſublata neceſſitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum ſuorum: verum ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem ſexum deſcendentes, redigantur ad conditionem filiorum, ſui & ſuæ ad ſuorum, & jus, quod illi habent jure civili; alii aliæve ad emancipatorum, & jus, quod illi habent jure prætorio; ut ſui ſuæve, præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, adinſtar filii ſui teſtamentum ipſo jure evertant, alii aliæve adinſtar filii emancipati per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ſtare hoc non patiantur. Quibus fere verbis ipſe Juſtinianus utitur in *d. ſua conſtitutione. verſ. ſancimus.* Thalelæus ad *l.* 1. §. 1. *C. comm. de man.* ibi, *in aliis pene omnibus nulla eſt inter liberos diſcretio.* Καλως ειπε, το σχεδον, επειδη οἱ μεν ὑπεξουσιοι, præteriti γινομενοι αφανιζουσι παντελως την διαθηκην, οἱ δε emancipati, contra tabulas εχουσιν. Nihil pro Bart. facit, quod Juſtinianum impulit ad novi Juris conſtitutionem ſimplex & æquale liberorum jus in ſucceſſione ab inteſtato. Imo contra. Nam ut in cauſa inteſtati lex duodecim tabularum non diſtinguebat ſexum & gradum in ſuis, prætor non diſtinguebat in emancipatis: ita nunc ſimiliter in cauſa teſtamenti eandem vult ſervari ſimplicitatem jure civili in ſuis, jure honorario in emancipatis. Igitur nec in ſucceſſione ab inteſtato par conditio emancipatorum & ſuorum fuit, nec par hic facta eſt a Juſtiniano. Et alioqui ſequeretur, nepotem ex filio emancipato in poteſtate retentum poſt conſtitutionem Juſtiniani non potuiſſe amplius ſuccedere in locum patris ſui, & jura ſuorum hæredum nanciſci in familia avi, nec ab avo præteritum rumpere teſtamentum. Quæ omnia perſpicue falſa eſſe conſtat. Et demum longo tempore poſt in ſucceſſione ab inteſtato Juſtinianum emancipatos ſuis exæquaſſe appatet ex *Nov.* 118. *c.* 1. quæ tamen exæquatio ſic recte accepta eſt, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quam ut jure civili hæreditatem capere poſſint citra beneficium prætoris; non ut ipſo jure, ut ſui, hæredes exiſtant: ſed ut fiant hæredes hæreditatem adeundo, ſicut extranei: nec tamen hoc trahendum eſſe ad ſucceſſionem teſtamentariam, inde colligo, quod teſtamentum ipſo jure evertere majus aliquid ſit, quam ut non ſuis hæredibus præteritis concedi debeat.

Circa adoptivos certam induximus diviſionem.) *L. pen. C. de adopt.* Cujus ſententia refertur §. 2. *ſup. de adopt.* Et iterum plenius. §. *ſed ea* 14. *inf. de hær. quæ ab inteſt.* Quid, quamobrem, hic Imperator conſtituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui a patre naturali in adoptionem dabantur, tranſibant ſine ulla diſtinctione in 5
familiam & poteſtatem patris adoptivi: unde, quamdiu conſtabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum, ut nec a prætore jure liberorum cenſerentur, ſed cognatorum duntaxat. Emancipati autem a patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati a patre naturali, dum in eo ſtatu manent: ceterum hoc ita, ſi vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non ſi poſt mortem ejus, ne legitimis aut ſcriptis hæredibus ſemel delata aut quæſita hæreditas auferretur, §. *at hi* 10. *inf. de hær. ab int.* Unde cum fieri poſſet, ut hic filius utriuſque patris hæreditate excideret; patris naturalis, quod eo moriente adhuc eſſet in familia adoptiva, & ſimul etiam patris adoptivi, ſi poſtea emanciparetur: huic incommodo a Juſtiniano occurſum eſt, cautumque ne liberi a patre naturali in adoptionem dati jus ſucceſſionis, aliudve jus ullum, in familia ejus amittant, neve tranſeant in poteſtatem patris adoptivi, extra quam ſi avus nepotem ex filio eman-

emancipato in adoptionem acceperit. Hoc conſtituto jam per ſe intelligitur, ei, qui extraneum adoptaverit, nullam neceſſitatem imponi hunc vel inſtituendi, vel exhæredandi, ſive jus civile, ſive prætorium conſideres, ſive etiam extraordinarium remedium querelæ inofficioſi: ſed patri naturali, in cujus poteſtate manet: qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc inſtituere vel nominatim exhæredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri ſuo naturali interim pro extraneo eſſe, §. *præc.* Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionum jura incognita, vid. *ſup. de adop.* Sed neque neceſſitatem exhæredandorum liberorum naturalium, ſi hæredes non inſtituantur, agnoſcimus; quoniam ſuos hæredes non habemus: valetque in his regionibus teſtamentum ipſo jure, etiamſi filius in eo præteritus ſit: eique duntaxat ſuccurritur remedio querelæ inofficioſi. Gudelin. *lib.* II. *de jur. nov. c.* 5. Grot. *lib.* II. *manud. cap.* 18. de quo plura alibi.

TEXTUS.

De teſtamento militis.

6. *Sed ſi in expeditione occupatus miles teſtamentum faciat, & liberos ſuos jam natos vel poſtumos nominatim non exhæredaverit, ſed ſilentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, ſilentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, conſtitutionibus Principum cautum eſt.*

NOTÆ.

6. *Conſtitutionibus Principum*) Gordiani in *dict. l.* 9. & Philippi *in l.* 10. *C. de teſt. mil.*

COMMENTARIUS.

1. *An teſtamentum militis ſubjaceat querela inofficioſi.*

Militibus jure militari teſtantibus non ſolum remiſſæ ſunt ſolemnitates illæ externæ, numeri teſtium, rogationis, obſignationis, ſubſcriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi teſtamentum facientes obſervare tenentur: ſed etiam intrinſeca hæc, quæ ad parentes teſtantes pertinet, liberorum ſcilicet vel inſtitutio vel exhæredatio; placetque præteritionem militis, dum non ignoret ſe liberos habere, aut uxorem prægnantem eſſe, obtinere vim exhæredationis, *l.* 9. *& l. ſeq. C. de teſt. mil.* ad quem effectum reſpiciens Ulpianus, dixit, militem ſilentio exhæredare, *l.* 12. *de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & citra expeditionis neceſſitatem ſi miles teſtamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque prætorio. Non obſtat, quod reſcriptum eſt *l.* 9. *C. de inoff. teſt.* filios queri non poſſe de inofficioſo teſtamento militis vel jure militari vel civili facto. Nam ut de inofficioſo agi poſſit, neceſſe eſt, ut teſtamentum recte factum ſit & jure ſubſiſtat: at teſtamentum jure communi factum non ſubſiſtit, in quo liberi præteriti ſunt, aut ſi de emancipatis quæratur, neceſſe eſt, ut prætor eos non agnoſcat; ſi de poſtumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inf. de inoff. teſt.*

Non ignorans, an habeat liberos) Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum eſt, quæ ſola teſtamentum ſuſtinet & pro jure ſervatur, *l.* 1. *de teſt. mil. l.* 1. *C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obſcura non eſt, ubi quis ſcit ſe habere liberos, iiſque ſilentio præteritis alios hæredes inſtituit: ita contra deeſſe illa voluntas intelligitur, ubi cum id neſciret, forte quod falſo rumore perlatum eſſet, eos in rebus humanis eſſe deſiiſſe, alios ſcripſit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu ſumitur, quaſi quod omnino credendum eſt: ſi ſciviſſet ſe habere liberos, eos ipſos, non alios ſibi hæredes ſcripturus fuiſſet, *d. l.* 9. *& l. ſeq. C. eod. tit. l. ſi filiusfam.* 33. §. 2. *eod.* Quapropter pro diverſitate liberorum per ignorantiam a milite præteritorum, aut teſtamentum hoc nullum dici poterit, aut reſcindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præſtanda ſint, *l. militis* 36. §. 2. *de teſt. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta) Sequitur ergo nec liberos ſuos ſcienter a patre milite præteritos teſtamentum poſſe nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec poſtumum præteritum agnoſcendo rumpere. An ne igitur ſaltem querela inofficioſi dabitur, quod unum eſt exhæredatis perfugium? Nequaquam, *l. ſi inſtituta* 27. §. 2. *de inoff. teſt. l.* 9. *l. teſtamentum* 24. *l. ult. C. eod.* Plane legitimam eos petere poſſe per condictionem ex lege, *argum. auth. Presbyteros. C. de Epiſc. & Cler.* Gloſſa & Cyn. *in d. l.* 9. tradiderunt. Hoc autem totum jus cum ſit ſingulare & militum duntaxat ex privilegio, nulla ratio eſt, quamobrem cum Claro, §. *teſtamentum q.* 40. *n.* 6. Graſſ. §. *teſtamentum q.* 7. *n.* 3. & interpp. vulgo dicamus, id ſublatum eſſe *Nov.* 115. *c.* 3. generalique conſtitutione etiam milites & militaria teſtamenta contineri, hoc eſt, eos etiam jure militari teſtantes redigi ad conditionem paganorum, quantum pertinet ad neceſſitatem inſtitutionis & exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic, poſt Lud. Roman. *in d. l.* 9. obſervavit, & tandem re diligenter inſpecta probat D. Tuiden. *in C. de teſtam. milit. n.* 6. item D. Perez. *ibid. n.* 12. add. Vaſq. *lib.* III. *de ſucceſſ. creat.* §. 24. *n.* 51.

TEXTUS.

De Teſtamento matris, aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus neceſſe non habent, liberos ſuos aut hæredes inſtituere, aut exhæredare: ſed poſſunt eos ſilentio omittere. Nam ſilentium matris aut avi materni, & ceterorum per matrem adſcendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, ſi eum eamve ha-*

hæredem non inſtituat, exhæredare neceſſe eſt, ſive de jure civili quæramus, ſive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum poſſeſſionem promittit; ſed aliud eis adminiculum ſervatur, quod paulo poſt vobis manifeſtum fiet.

Notæ.

7. *Silentium matris, &c. tantum facit*) Et hoc etiamſi mater ignoraverit, ſe liberos habere. Sed hoc caſu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ hic obtendi nequit. *l.* 27. §. *ult.* & *l. ſeq. de inoff. teſt.*

Sive de jure civili) Quo jure ſoli ſui hæredes præteriti, ſive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, teſtamentum tollunt aut rumpunt. §. 5. *ſup.*

Edicto prætoris) Quo liberi emancipati, ſive qui ſui eſſe deſierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem: non qui nec ſui ſunt, nec eſſe deſierunt. *d.* §. 5. *l.* 1. *l.* 4. §. 2. *cont. tab.*

Commentarius.

1. *Quod matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2. *Propter eandem conditionem præteritos a matre jus antiquum ſcriptis accreſcendi non habuiſſe.*
3. *Explicatus locus Pauli* l. 4. §. 2. cont. tab.
4. *Quodnam ſit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. ſit mentio?*

Quod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio eſt; quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis ſunt §. 3. *inf. de hær. qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conſervationem ſpectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non ſic, ut filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo exiſtat, uti bonorum patris eſt. Quapropter, ſi ea alium hæredem inſtituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit; cum ſuum ei non adimat; & ideo fruſtra etiam requiratur exhæredatio; imo nec proprie dici poſſit filium exhæredare, cum exhæredare ſit ſuam filio hæreditatem adimere: ſiquidem ubi non eſt habitus, ibi non poteſt eſſe privatio. Igitur quia mater ſuos hæredes non habet, & nepotes ex filia non ſunt ſui hæredes avo, ideo ſilentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris: Et hoc, etiamſi ignoraverint ſe liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus eſt. *l. ſi inſtituta* 27. §. *ult.* & *l. ſeq. de inoff. teſt. facit huc l.* 4. §. 2. *de bon. poſſ. cont. tab. l. nulla* 13. *de ſuis & legit. hær.*

Sive de jure civili) Quia, uti diximus, non ſunt ſui hæredes, hoc eſt, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod poſt mortem illius in iis continuetur, niſi expreſſe exhæredes eſſe juſſi ſint. *l. in ſuis,* 11. *hoc tit.* Quamobrem nec ad jus 2
civile antiquum pertinent, quo ſolus filius ſuus præteritus teſtamentum infirmabat, ceteri liberi, ſui item duntaxat, præteriti, portionem ſcriptis hæredibus accreſcendo auferebant, *ſup. pr. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi ſui, ſui ſoli præteriti, ſive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt. §. *ſed hæc* 5. *ſup. eod.*

Sive de edicto prætoris) Paulus *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* ſcribit, edictum contra tabulas bonorum poſſeſſionis non pertinere ad teſtamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ ſuos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri poteſt non eſſe ſufficiens; non enim ad ſuos tantum hæredes, ſed etiam ad emancipatos, quos conſtat ſuos hæredes non eſſe, & vel maxime, id edictum pertinet; utpote quorum cauſa principaliter comparatum eſt. §. 3. *ſup. eod.* Verum amplius quid ſignificare Paulus vo- 3
luit, nempe edictum iſtud non pertinere ad eos liberos non ſuos, qui & nunquam ſui fuerunt: matrem autem, ut ſuos hæredes non habet, ita nec poſſe deſinere habere: quod idcirco etiam a Cajo expreſſum videtur. *l. nulla* 13. *de ſuis & legit hær.* Nimirum prætor, quo minimum a ratione juris civilis recederet, eorum duntaxat, qui ex maſculis progeniti eſſent, rationem habuit; & jus ſuitatis, quod emancipatis abſtulerit capitis deminutio, reſciſſa ea reſtituit. *l.* 6. §. 1. *de bon. poſſ.* Atque ita jus a ſe introductum ſpecie quadam ſuitatis coloravit, ejuſmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

Aliud eis adminiculum ſervatur) Potuiſſet totidem verbis adminiculum iſtud indicare. Intelligit 4
autem querelam inofficioſi teſtamenti. Quod remedium cum initio tantum competeret liberis, qui eo, quod a patre exhæredati eſſent, neque civili jure, neque prætorio teſtamentum turbare poterant, *l.* 8. *in pr. cont. tab.* poſtquam ex Senatuſconſulto Orficiano etiam matris ſucceſſio liberis delata eſt, datum quoque eſt exhæredatis, ſive, quod hic eandem vim habet, præteritis a matre, ſuadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit.* 18. quo loco ſimul diſcemus, id etiam parentibus inique exhæredatis vel præteritis, nonnunquam & fratribus dari. Cetera quoque in eundem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus diſputari ſolent; veluti, an adhuc poſt *Nov.* 115. *c.* 3. præteritio matris & per matrem adſcendentium pro exhæredatione ſit; an liberis a patre præteritis teſtamentum adhuc ſit irritum tam quod ad legata & ceteros articulos, quam quod ad inſtitutionem? an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non obſervato teſtamentum, quod jure veteri ſubſtitiſſet, nunc ſit nullum? aliaque ex eodem fonte manantia: & poſtremo etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam a noviſſimo Juſtinianeo, quoſcunque interpretes ſequare, multum oſtendemus recedere.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.

Ratio diſpoſitionis, & argumentum tituli.

Dictum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent, & teſtamento ſuo complecti, ſi id juſtum ratumque eſſe velint: ſequitur nunc ipſum teſtamenti formale, hæredis ſcilicet inſtitutio. Ea caput & fundamentum teſtamenti eſſe dicitur, *§. ante* 34. *inf. de legat.* propterea quod ſine ea teſtamentum conſiſtere non poteſt. Dicitur & teſtamentum ex ea ſola robur ac firmamentum capere; quia ad vim teſtamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres inſtitutus ſit; utique extra neceſſitatem inſtituendi aut exhæredandi certas perſonas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid eſt, neque quenquam exhæredaturus, poſſe tribus verbis teſtamentum facere, ut dicat, *Lucius hares eſto. l.* 1. *§.* 3. *hoc tit.* Hæredem inſtituere, eſt ſcribere vel nuncupare teſtamento, quem tibi velis bonorum & univerſi juris ſucceſſorem eſſe. Quibus verbis inſtitutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam* 15. *C. de teſtam.* quo loco Conſtantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore Ulp. *tit.* 21. Titulus hic noſter tres partes continet, quarum in prima agitur de iis, qui hæredes inſtitui poſſunt, in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures inſtitui habere debeant ex ratione juris aut voluntate defuncti; in tertia de forma ſeu modo inſtituendi, atque iis, quæ inſtitutioni bene aut perperam adjiciuntur.

TEXTUS.

Qui poſſunt hæredes inſtitui.

Heredes inſtituere permiſſum eſt tam liberos homines, quam ſervos; & tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem ſecundum plurium ſententias non aliter, quam cum libertate, recte inſtituere licebat. Hodie vero etiam ſine libertate ex noſtra conſtitutione eos heredes inſtituere permiſſum eſt. Quod non per innovationem induximus, ſed quoniam aquius erat, & Atilicino placuiſſe Paulus ſuis libris, quos tam ad Maſurium Sabinum, quam ad Plautium ſcripſit, refert. Proprius autem ſervus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio uſumfructum habente. Eſt tamen caſus, in quo nec cum libertate utiliter ſervus a domina heres inſtituitur, ut conſtitutione divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hac ſunt: Servum, adulterio maculatum, non jure teſtamento manumiſſum ante ſententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejuſdem criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, ut in eundem a domina collata hæredis inſtitutio, nullius momenti habeatur. *Alienus ſervus etiam is intelligitur, in quo uſumfructum teſtator habet.*

NOTÆ.

Haredes inſtituere) Scribere vel nuncupare. *l.* 1. *§.* 1. *D. eod.* Eſt autem hæredis inſtitutio caput & fundamentum teſtamenti. *§.* 34. *inf. de legat.* neque enim ſine ea teſtamentum poteſt conſiſtere. *§.* 2. *inf. de fid. har.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio. *l.* 15. *C. de teſtam.*

Quam alienos) Si modo eorum ſervi ſint, quos ipſos hæredes inſtituere poſſumus: nam ex perſona domini cum ſervis teſtamenti factio eſt. *d. l.* 31. Ulp. *tit.* 22. *§.* 8. *l.* 12. *§.* 2. *de legat.* 1.

Sine libertate) Ita & *ſup. §.* 2. *qui & ex quib. cauſ. man.* id eſt, amiſſa libertatis datione. Conſtitutio extat in *l. pen. C. de ſerv. nec har.*

Non per innovationem) Quia jam olim idem quibuſdam placuerat, ut mox ſubjicit. Quod autem obtinet, ex nova eſt Juſtiniani humanitate. Ita conciſſia hunc locum cum *d. §.* 2.

Adulterio maculatum) Apud Marcian. *l.* 48. *h. tit.* Unde hic locus deſcriptus, legitur *accuſatum*. Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; ne obſtet *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adult.* Græci quoque ενοχον αυτα τη μοιχεια, non κατηγορημενον. Et ad *l.* 1. *C. qui non poſſ. ad lib.* ὑπονοηθεντα επι τη μοιχεια, *ſuſpectum, &c.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui olim & in quantum hereditatem capere non potuerint?*
2. *Qui & in quantum hodie heredes inſtitui vetentur?*
3. *Inſtitutionem ſervi alieni ſuſtineri ex perſona domini, proprii ex conſequentia libertatis.*
4. *Quid juris in ſervo communi ab uno e dominis herede inſtituto?*
5. *Quid in inſtituto a domino nuda proprietatis?*
6. *Quam rationem habeat caſus ſpecialis hic relatus?*
7. *Quid ſi ſervus heres inſtitutus ſit a fructuario?*

T*Am liberos homines, quam ſervos*) Ὑστερολογία: nam dicendum potius erat, *tam ſervos, quam liberos.* hoc

hoc eſt, non minus ſervos, quam liberos; quomodo hoc expreſſit Cajus *l. non minus* 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur, quam quod hæredes inſtitui poſſunt. Et an ergo poſſunt omnes promiſcue & ſine exceptione? nequaquam. Nam primum illi ſoli ex hominibus liberis inſtitui poſſunt, qui ſunt cives Romani: peregrini non poſſunt, ſive ſemper tales fuerint, ſive per ſententiæ ſeveritatem ad peregrinitatem redacti ſint. *l.* 6. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. fac. l. ſunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Peregrinorum numero erant & dedititii; erat & Latinus Junianus, niſi quod hic capere hæreditatem poterat, ſi mortis teſtatoris tempore civis Romanus factus eſſet. Ulp. *tit.* 22. §. 1. & 2. Ceterum Juſtinianus differentias libertinitatis ſuſtulit, data libertinis omnibus civitate. §. *ult. ſup. de libert.* Sed nec qui cives ſunt, omnes inſtitui aut olim poterant, aut nunc poſſunt. Lege Voconia cautum erat, ne, qui cenſus eſſet, virginem, neve mulierem ſupra quadrantem ſuorum bonorum hæredes inſtitueret. Cic. *Verrin.* III. *de prat. urb. & in orat. pro Balb.* Dio. *lib.* LVI. Gell. *lib.* XX. *c.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cælibes, niſi qui genere eſſent proximi, quicquam ex teſtamento civis Romani capere. Ulp. *d. tit.* §. 2. ita tamen, niſi intra centum dies legi parerent, hoc eſt, matrimonium contraherent: idem Ulp. *tit.* 17. Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quam dimidiam partem eorum, quæ relicta erant; pars altera fiebat caduca, id eſt, fiſco cedebat. Lege decimaria non amplius, conjugi ex conjugis teſtamento capere licebat, quam relictorum partem decimam, idem Ulpian. *tit.* 15. & *ſeq.* Hinc natæ cautiones illæ de inſtituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omnino quicquam, vel ſolidum ex teſtamento capere legibus iſtis prohibebantur. vid. *l. in tempus* 62. *l. qui non vult* 78. §. *ult. hoc tit. l. cum ei* 42. *l. ſi Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *l.* 11. *de vulg. & pup. ſubſt. l.* 16. §. *ſi qui* 15. *ad ſenat. Treb. l.* 13. §. *ult. de jur. fiſc. cum ſimilib.* quæ niſi hinc lucem accipiant, intelligi non poſſunt. Poſtea pœnæ cælibatus, orbitatis, & legis decimariæ ſublatæ ſunt. *l.* 1. & *l.* 2.
2 *C. de infirm. pœn. cælib.* Qui autem inceſtis nuptiis ſeſe polluerunt, illi nec hodie aut ſe mutuo, aut propudioſam ſobolem inſtituere poſſunt, *l.* 6. *C. de inceſt. nupt.* nec mulier adulterum ſuum, aut hic illam. *l.* 13. *l.* 14. *de his quæ ut indign.* Add. D. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus, quam ceteri cives, non ab extraneis tantum, ſed etiam a patre, idque in ſolidum, hæredes inſtitui poterant, *l. Lucius* 45. *de vulg. & pup. l.* 16. §. 1. *de his quæ ut indig. l. ult. de jur. delib.* (vid. Palæot. *de noth. ſpuriiſq. fil. c.* 35. & *ſeq.* & contra ſentientes *Alciat.* IV. *parerg.* 5. Ant. Fab. *juriſp. tit.* IX. *pr.* 2. *ill.* 1.) ex conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 89. *c.* 12. unde *auth. licet. C. de nat. liber.* unicam tantum unciam ex patris teſtamento capere poſſunt, ſi ſuperſtites ſint liberi legitimi; octo uncias, ſi ſoli ſuperſtites teſtatori parentes. Qua in re mitior Juſtinianus erga liberos naturales fuit, quam Conſtantinus *l.* 1. *C. de natur. lib.* aut etiam Arcadius & Honorius *l.* 2. *C. eod.* vid. Graſſ. §. *inſtitutio* 1. *quæſt.* 7. Palæot. *d. loc.* Conſtitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi ſecundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit. *l. hac edictali* 6. *C. de ſec. nupt.* Porro Principum Chriſtianorum conſtitutionibus vetantur hæredes inſtitui apoſtatæ, *l.* 3. *C. de apoſtat.* item hæretici. *l.* 4. *C. de hæret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non ſunt, accipiendum eſſe arguit conſtitutio Juſtiniani *Nov.* 115. *c.* 3. ubi ἑτεροδοξίαν ponit inter juſtas cauſas exhæredationis, & excluſionis a ſucceſſione ab inteſtato. Rationis autem eſt, ut qui ab inteſtato ſuccedere poteſt, etiam hæres recte inſtituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de ſervis tam accurate diſſerit. Vinn. Ita nec hodie pro ☞ hæreticis habendi, qui profitentur religionem publicis legibus permiſſam, e. g. in Germania Romanenſes, & Proteſtantes, tum A. C. tum reformati per pacem religioſam & Weſtphalicam. *Art.* V. §. 34. Hein.

Et tam proprios, quam alienos) Cum ſervis, qua ſervis, non eſt teſtamenti factio, ſed quatenus per eos hæreditas perventura eſt ad cives Romanos, aut ipſi cives futuri. Igitur in ſervo alieno perſona domini ſpectatur, & ſuſtinetur inſtitutio, ſi dominus civis Romanus ſit, & jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quaſi ipſe per ſervum inſtitutus eſſet. *l. non minus* 31. *l. ſi paterfam.* 40. *hoc tit. l.* 10. *de acq. rer. dom.* Quod ſi mihi cum domino non ſit teſtamenti factio, puta quia peregrinus eſt, aut capere ex meo teſtamento vetatur, nec cum ſervo ejus erit, *arg. d. l. non minus* 31. *hoc tit. fac. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. *l. ſi Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. Ulp. *tit.* 22. §. *alienos* 8. Vide tamen, quæ notamus ad §. *in extraneis* 4. *inf. de hær. qual. & diff.* In ſervo autem proprio inſtitutio eadem ratione defendi non poteſt, ut ſcilicet dicamus, eam ſuſtineri ex perſona domini; quippe qui ipſe teſtator eſt: ſed aut nulla erit, aut ſi eam valere volumus, neceſſe eſt ut ſimul conſequatur libertatem. 3

Olim non aliter, quam cum libertate, hodie etiam ſine libertate) Plerique veterum in ea ſententia fuere, ut putarent, ſervum proprium non aliter recte hæredem inſtitui, quam cum libertate; non auſi per conſequentiam datæ hæreditatis libertatem ſervo defendere, ob rationem, quam indicavimus *ſup. qui & ex quib. ca. manum.* §. 2. Juſtinianus vero etiam omiſſa libertatis datione inſtitutionem valere voluit, & perinde haberi, ac ſi ſimul liber eſſe juſſus eſſet, *l. pen. C. de nec. ſerv. hær.* quod cum humanitas & favor libertatis ſuadet, tum etiam voluntati teſtatoris conſentaneum eſt: quippe qui hoc ipſo quod ſervum ſuum hæredem eſſe vult, non obſcure ſignificat, velle ſe etiam ut liber ſit; cum abſque eo nec hæreditatem obtinere poſſit. Et cur, quod in ſervo proprio tutore ſine libertate dato veteres admiſerunt, ut hoc ipſo, quod tutor datus eſt, libertas quoque ei impoſita videatur, *l. quæro* 32. §. 2. *de teſt. tut.* §. 1. *ſup. qui teſt. tut. dar.* non admittatur itidem in ſervo ſimpliciter hærede ſcripto, eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Juſtinianus *d. l. pen.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli. *l.* 10. §. *ult. de teſtam. tut.* Ceterum, quem teſtator hæredem inſtituit, eum viciſſim majore proſequitur affectu atque honore, quam quem liberis tutorem dat. Enimvero per conſequentiam legati vel fideicommiſſi ſervo proprio ſine libertate relicti libertas ſervo non defenditur, *d. l. pen.* §. *illo* 2. quantumvis & legatum ſine libertate inutile ſit. *l. ſer-*

☞ *Vide Notam Cenſoriam in Monito ad Lectorem num.* 17.

l. ſervus 76. hoc tit. neque enim hic idem favor eſt, & ex d. conſtitutione Juſtiniani voluntas teſtatoris aliquo modo exitum habere poteſt.

Quod non per innovationem) Supra tamen §.2.*qui & ex quib. cauſ. man.* profitetur, ſe id nova humanitatis ratione conſtituiſſe. Utrumque ſuo ſenſu verum eſt. Nihil innovavit, quatenus ſpectamus ſententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic conſtituitur, placuit. At novum jus conſtituit, quatenus ſpectamus id, quod receptum erat ex plurium ſententia, qui negabant, ſervum proprium ſine libertate hæredem inſtitui poſſe, Ulp. *tit.*22. §.7. 12. & ſententiæ iſtius abrogationem. Vinn. Adeo verum videbatur, ſervum niſi libertatem plenam conſequutum, inſtitui non poſſe, ut nec ſervis, qui tantum in bonis erat, inſtitui poſſet, quamvis cum libertate. Manumiſſus enim teſtamento, liber quidem fiebat, ſed Latinus, adeoque nec hæres eſſe poterat, niſi intra centum dies jura Quiritium impetraſſet. Ulp. *tit.*22. §.8. Hein.

Proprius autem ſervus etiam, &c. in quo nudam proprietatem) Servus proprius vel in ſolidum eſt, ſive unius domini proprius, vel pro parte & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius eſt pleno jure, vel nuda tenus proprietate. Videamus ergo, an quod hic conſtitutum eſt de ſervo proprio hærede inſtituto, etiam ad ſervum communem ab uno e dominis inſti-
4 tutum, & ad eum quoque, in quo alius uſumfructum habet, pertineat? De communi ſervo ita jus vetus fuiſſe conſtat, ut ſi unus e dominis libertatem ei impoſuiſſet, eo caſu pars ejus amitteretur, & ſocio accreſceret, *§.ult. ſup. de donat.* ac proinde ſocio quoque hæreditas acquiſita fuit, ſi is ſervus ſimul hæres ab altero inſtitutus fuiſſet, Juſtinianus autem, quod ſoli milites ex ſpeciali conceſſione habebant, videlicet ut liceret militi ſervum communem libertate donare, eo effectu, ut ſocius hoc caſu partem ſuam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus eſſe commune omnium civium. *l. 1. pr. & §. 1. C. de comm. ſerv. man.* Poſt quam conſtitutionem certum eſt ſervum communem, quem unus e dominis & liberum & hæredem eſſe juſſit, & libertatem & hæreditatem conſequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit conſtitutio de ſervo communi ſimpliciter ab uno hærede inſtituto, non facta mentione libertatis. An dicemus, & hic libertatem perinde pro adſcripta haberi, ac ſi ſervus in ſolidum proprius hæres ſimpliciter inſtitutus ſit, arg. hujus loci? & id quidem D.Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi poſſit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extenſione in correctoriis, verba ipſa conſtitutionis *in fin. §. 1.& hoc moriturus dixerit*, extenſionem iſtam non ferunt, ut bene obſervavit D.Bachovius. Et quia ratione partis, quam ſocius habet, ſervus alienus eſt, quidni quod reſponſum eſt de legato ſervo communi relicto, totum id ad ſocium pertineret? *l.verum 63. §. ſi ſervo 9. pro ſoc. l. Plautus 49. in pr. ad leg.Falcid.* idem dicimus de ſervo communi hærede ſimpliciter inſtituto, ſocium nimirum per eum ſervum videri inſtitutum & hæredem fieri? Vinn. Recte. Nam dum hæres inſtitutus eſt ſervus communis hæreditatem totam adquirit domino ſocio: dum ſine libertate inſtitutus, ſervus ipſe pro parte fit hæredis, qui in jus defuncti ſuccedit. Fr. Balduino, Tribonianiſmum obſervanti in *l.63.§.3.ff. pro ſoc.* jam reſpondit V. C. Shcultingius ad Ulp. *p. 637.* Hein. 5
De ſervo, in quo teſtator nudam proprietatem, alius uſumfructum habet, ait hoc loco Juſtinianus eum etiam proprium intelligi teſtatoris, idque convenienter rationi juris, *l. recte dicimus 25. de verb. ſign.* Et ergo etiam hic ſervus a domino nudæ proprietatis hæres inſtitutus, ſive cum libertate ſive ſimpliciter, ex conſtitutione Juſtiniani & liber & hæres erit, *d. l. pen. C. de nec. ſerv. hær.inſt.* Neque enim quod de ſervo communi ſimpliciter inſtituto diximus, ſocium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non ſolet, *§. de iis 4. ſup. per quas perſ.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præſtare tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quamdiu durat uſusfructus; an vero pretio uſusfructus dato defungetur? Illud, ſi ſequimur conſtitutionem *l. 1. C. comm. de man.* Hoc, ſi putamus, ad hunc ſervum etiam pertinere, quod pauco tempore poſt de communi ſervo conſtitutum eſt *l. 1. C. de com. ſerv. man.*

Eſt tamen caſus, &c.) Refertur hic ex *l.his verbis 48.§.2. hoc tit.* caſus ſingularis, quo ſervus proprius hæres inſtitui non poteſt, ne cum libertate quidem, cui locus eſt in muliere adulterii poſtulata: Hæc prohibetur ſervum ſuum ſuſpectum crimi- 6
nis ante finitam cognitionem manumittere: quod ideo proviſum eſt, ne mancipium per manumiſſionem quæſtioni ſubducatur, *l. proſpexit 12. qui & a quib. man.* Cum igitur lex manumiſſionem & libertatem impediat, nec inſtitutio hæredis in hujusmodi ſervum collata valere poteſt. Ait, *ſervum adulterio maculatum*, id eſt, ſuſpectum, fama & opinione vulgi inquinatum: ſiquidem duos adulterii reos ſimul marem & fœminam ex eadem cauſa fieri lex Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, *l. 8. C. ad leg. Jul. de adult.* ac proinde etiam in *d. l.* 48. §.2. unde hæc ſumpta ſunt, eodem modo, ut hic, legendum eſſe arbitror; non ut ibi, *adulterii accuſatum* Theophilus vertit, *ἐνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ*, *obnoxium, implicitum*, non dixit, *κατηγορούμενον*.

Alienus ſervus, in quo uſumfructum, &c.) Igi- 7
tur hic ſervus a fructuario hæres inſtitutus, nec hæres nec liber erit, ſed hæreditatem acquiret proprietario, adinſtar ſervi plane alieni, *§. ſeq. verſ. alienus quoque.* Et vero poſt mortem fructuarii finitur uſusfructus & conſolidatur cum proprietate. Sed etſi liberum ſimul eum eſſe juſſerit, adhuc idem dicendum eſt, quoniam alieno ſervo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari poteſt pars conſtitutionis Juſtinianeæ, *l. 1. verſ. ſin autem C. comm. de man.* de ſervo a vivente fructuario manumiſſo, ne ſcilicet is cogatur ſervire proprietario, quamdiu conſtat uſusfructus; quia, ut dictum eſt, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

Textus.

Si ſervus hæres inſtitutus in eadem cauſa manſerit, vel non.

1. *Servus autem a domino ſuo hæres inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſa manſerit, fit ex teſtamento liber, hæreſque ei neceſſarius. Si vero a vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſuo arbitrio adire hæreditatem poteſt, quia non fit hæres neceſſarius, cum utrumque ex domini teſtamento non conſequatur. Quod ſi alienatus fuerit, juſſu novi domini adire hæreditatem debet: & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipſe alienatus neque liber, neque hæres eſſe poteſt, etiamſi cum libertate hæres inſtitutus fuerit: deſtitiſſe enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque ſervus hæres inſtitutus, ſi in eadem cauſa duraverit, juſſu ejus domini adire hæreditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam adeat, debet juſſu novi domini adire. At ſi manumiſſus eſt vivo teſtatore, vel mortuo, antequam adeat, ſuo arbitrio adire poteſt hæreditatem.*

Notæ.

1. *Deſtitiſſe a libertatis datione*) Quod ſi teſtator eum poſtea redemerit, reviviſcit libertas & inſtitutio, *l 9. §. 16. l. 50. eod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam *l. 13. §. 1. de lib. & poſt.* ſolum procedere, cum ſervus in eadem cauſa manet.

Juſſu novi domini) *l. 62. §. 1. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi hæreditatem ſive bonorum poſſeſſionem cum domino ambulare Ulp. ait.

Commentarius.

1. *Servo proprio hærede inſtituto, quis circa acquirendam hæreditatem inſtitutionis effectus? & num. 2.*
3. *Quid circa idem inſtituto ſervo alieno?*

Hoc conſtituto, non minus ſervos poſſe hæredes inſtitui, quam homines liberos, porro nunc quæritur de effectu inſtitutionis ſervi circa acquiſitionem hæreditatis, primum in ſervo proprio, deinde & in alieno. In utroque autem ita diſtinguitur, ut referat, utrum in eadem conditione ſervus manſerit, an non manſerit, propterea quod vel manumiſſus ſit, vel alie-
1 natus. De ſervo proprio hærede inſtituto ait: *Siquidem in eadem cauſa manſerit fit ex teſtamento liber hæreſque neceſſarius. In eadem cauſa*, hoc eſt, in eadem conditione ſervitutis, ut neque a domino poſt factum teſtamentum manumiſſus, neque alienatus fuerit. *Hæres neceſſarius*: ideo ſic dictus, quia ſive velit, ſive nolit, poſt mortem domini protinus liber & hæres fit, *§. 1. inſ. de hær. qual.* Quod cum in eorum gratiam initio inſtitutum eſſet, qui cum ſolvendo non eſſent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes ſuos derivare, quam ſuæ memoriæ reſervare malebant: *§. 1. ſup. qui & ex quib. ca. man.* poſtea generaliter obtinuit, ut oſtendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubie hæc eſt, quod cum honori teſtatoris non nihil decedat, ſi repudietur ejus hæreditas, viſum ſit, id ſervo licere non debere, in quem teſtator ſimul cum hæreditate contulit inæſtimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex conſtitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta ſunt, ut neutrum ſeparatim ſervo adimi poſſit, neque libertas ſola, neque ſola hæreditas, *l. 13. §. 1. de lib. & poſtum. l. 6. §. ult. h. t.*

Quod ſi a vivo teſtatore manumiſſus, &c.) Caſus contrarius, quo ſcilicet ſervus proprius hæres inſtitutus in eadem conditione non manſit, duplex eſt, vel quia poſt factum teſtamentum manumiſſus eſt; vel quia alienatus. Manumiſſus ſuo arbitratu hæreditatem adibit; quia non fit hæres neceſſarius, qui hæreditatem 2
duntaxat, non etiam libertatem ex teſtamento domini conſequitur, *l. antepen. hoc tit. l. 6. §. 3. eod.* Utique tamen probe facturus eſt, ſi pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut ſuſcipiat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber nec hæres fit, etiamſi cum libertate hæres fuerit inſtitutus: hoc enim ipſo quod alienatus eſt, mutata voluntas domini, & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac ſi jam tempore teſtamenti facti alienus fuiſſet: ac proinde jubenti novo domino hæreditatem acquiret. *l. 9. §. ſervus 16. l. ſervum 50. hoc tit. l. ſervo 47. de cond. & dem. l. quaſitam 91. §. 3. de legat. 1.* Enimvero ſi teſtator eum poſtea redemerit, reviviſcit, ut ita dicam, libertas & inſtitutio. *d. l. 9. §. 16. d. l. 50. hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam *l. 13. §. 1. de lib. & poſt.* tunc ſolum procedere, cum ſervus in eadem cauſa manet: nam ſi alienatus fuerit, neceſſe eſt fateri, inutilem eſſe libertatis dationem, quod & Viglius notat.

Alienus quoque ſervus) Supra dictum eſt, etiam ſervum alienum hæredem inſtitui poſſe, ceterum ſuſtineri inſtitutionem non ex perſona ſervi, ſed ex perſona domini, civis ſc. Romani, quaſi ille ipſe meditate per ſervum inſtitutus videatur. Nimirum ut ſervi etiam hac in re dominis ſuis utiles eſſe poſſint: receptum eſt, ut perſona dominorum iis ad tempus accommodetur, cum alioqui cum ſervis non ſit teſtamenti factio; *l. non minus 31. hoc tit. l. debitor 82. §. 2. de legat. 2.* Nunc hic itidem de effectu iſtiuſmodi inſtitutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæſitum fuit de effectu inſtitutionis ſervi proprii.

Si in eadem cauſa, &c.) In alieno ſervo hærede in- 3
ſtituto iidem caſus diſtinguuntur, qui in proprio: nam aut manſit in eadem cauſa, & dominum ſuum hæredem facit, nempe ſi juſſu ejus adierit, *§. 3. ſup. per quas perſ.* aut non manſit, vel quia alienatus eſt, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in poteſtate eſt tempore aditionis, *l. Antiſtius 62. §. 1. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poſſ. ſec. tab.* quo loco Juriſconſultus ait, hæreditatem ſive bonorum poſſeſſionem ambula-

re cum domino: vel quia manumiſſus est, quo caſu ſuo arbitrio hæreditatem adire, eamque ſibi acquirere poteſt, Ulp. *tit.*22.§.13. Et igitur licet perſona domini in hujuſmodi inſtitutionibus inſpiciatur, ut ſit cum ſervis teſtamenti factio: videtur tamen ſimul & perſonæ ſervi ratio haberi, *fac. l. debitor.* 82. §.2. *de legat.*2. *l.*5. *de ſerv. legat. l.ſi paterfam.* 40. *hoc tit.* Illud notandum eſt, ſervum alienum cum libertate fruſtra hæredem inſtitui, in tantum, ut etſi is poſtea teſtatoris eſſe cœperit, nihilo magis liber aut hæres fiat. *l.ſi alienum* 49. *hoc tit.*

Textus.

De Servo hæreditario.

2. ***Servus etiam alienus poſt domini mortem recte hæres inſtituitur: quia & cum hæreditariis ſervis teſtamenti factio eſt. Nondum enim adita hæreditas perſonæ vicem ſuſtinet, non hæredis futuri, ſed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero eſt, ſervus recte hæres inſtituatur.***

Notæ.

2. *Poſt domini mortem*) Non ita, *Stichus poſt mortem Titii domini ſui hæres mihi eſto*, ut male Theoph. ſed ita, *Stichus ſervus Titii defuncti hæres mihi eſto*.

Nondum adita hæreditas perſona vicem) Ratio dubitandi, quia tempore facti teſtamenti ſervus nullius eſt. *l.*64. *h.t.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas perſonæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur. *l.*31. §. 1. *eod. l.* 34. *l.* 61. *de acq. rer. dom. inf. de ſtip. ſerv. in pr.*

Non hæredis futuri, ſed defuncti) *dd. loc. cum ſimil.* Imo non defuncti, ſed hæredis futuri, *l.* 24. *de nov.* Solve: hæreditas qua jacens conſiderata defunctum repræſentat, ut actus ex perſona ejus vires capiat, *l.*52. *h. t. l.*33. §. *ult. de acq. rer. dom.* adita vero videtur retro repræſentaſſe perſonam hæredis, cui ſoli eventu inſpecto acquiritur. *d. pr. inf. de ſtip. ſerv.* fac. *l.*73. §.1. *de verb. obl. l.*28. §. *ult. l.* 35. *de ſtip. ſerv.*

Ejus, qui in utero eſt, ſervus.) Hoc eandem plane rationem habet. *l.*64. *h.t.*

Commentarius.

1. *Diverſa conſideratione recte dici, jacentem hæreditatem repræſentare & perſonam defuncti, & perſonam hæredis.*
2. *Cur ſervus poſtumi alieni hæres inſtitui potuerit, ipſe poſtumus alienus non potuerit?*

CUm ſervi alieni inſtitutio, ut dictum eſt, ſuſtineatur ex perſona domini, quæſitum eſt, an ſervus alienus recte hæres inſtituatur etiam poſt mortem domini, hoc eſt, ſervus hæreditarius? Dubitandi cauſa ex eo, quod in propoſito perſona domini, qui nullus eſt tempore facti teſtamenti, *l.ejus ſervum* 64. *hoc tit.* ſervo accommodari non poſſit. Placuit tamen nihilominus, recte hunc ſervum hæredem inſtitui, quaſi per interpoſitam hæreditatem a defuncto adhuc, ut ita dicam, perſonetur: quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantiſper fictione juris haberi, *l. non minus* 31. §.1. *hoc tit. l. hæreditas* 34. *l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom. l.*13. §. 2. *ad leg. Aquil. l.*15. *de inter. in jur. l.*9. *C. depoſ. cum ſimilib.*

Non hæredis futuri, ſed defuncti) Hoc totidem quoque verbis traditur *d.l.*34. *de acquir. rer. dom.* alibi ſimpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum. *d. l.* 31. *hoc tit. & inf. de ſtip. ſerv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra ſcriptum legimus, hæreditatem interim ſuſtinere perſonam hæredis, *l. novatio* 24. *in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur; ſiquidem qui poſtea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto ſucceſſiſſe intelligitur, ſive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis poſtea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l. hæres* 54. *de acq. hær. l. omnis* 138. *l. omnia* 193. *de reg. jur.* Sunt, qui putant, non ſatis inter veteres hac de re conveniſſe, inter quos & D. Hotomannus eſt. Nolim ego temere eo decurrere. 1 Videamus, an non utrumque recte dici poſſit, hæreditatem repræſentare & perſonam hæredis & defuncti, diverſa conſideratione. Etenim ſi eventum ſpectamus aditæ hæreditatis, perſona hæredis repræſentari, recte dicitur: hac enim conſideratione ſervus hæreditarius recte ſtipulatur hæredi futuro, *l. ſi ex re* 28. §. *ult. l. ſervus* 35. *de ſtip. ſerv.* nullamque vim habere dicitur ſtipulatio ſervi hæreditarii, niſi adita ſit hæreditas, *l. interdum* 73. §. 1. *de verb. obl.* item per ſervum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi poſtea facto, *inf. de ſtip. ſerv. in pr.* At ſi inſpicimus tempus illud, quo ſervus hæreditarius hæres inſtituitur, nimirum jacentis hæreditatis, ſi actum valere volumus, neceſſe eſt, dicamus, hæreditatem ſuſtinere perſonam defuncti: neque enim actus in ſuſpenſo eſſe poteſt: & incertum eſt, an is, qui ſcriptus eſt, unquam hæres extiturus ſit: idque Cajus ſignificat, *l. in eo* 33. §. *ult. de acquir. rer. dom.* Cum ait, quotiens ſervus hæreditarius ſtipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex perſona defuncti vires ſumere. Eademque conſideratione Paulus in *l. ſervus* 52. *hoc tit.* ſervum hæreditarium inſtitui poſſe ait, ſi modo teſtamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede inſtituto non ſit. Et igitur hæreditas, qua jacens conſiderata, defunctum repræſentat; adita, retro videtur repræſentaſſe perſonam hæredis.

Cum etiam ejus, qui in utero eſt, ſervus) Confirmat quod de inſtitutione ſervi alieni poſt mortem domini dixerat, exemplo ſervi, cujus dominus in utero eſt, ſive ſervi poſtumi alieni; nam & hunc ſervum ait recte hæredem inſtitui. Javolenus contra, hoc ex illo probat, *l. ejus ſervum* 64. *hoc tit.* 2 Hic iterum videtur obſtare ratio juris, utique veteris, quo jure poſtumus alienus hæres inſtitui non potuit, *inf. de bon. poſſ. in pr.* Hoc enim poſito, conſequens omnino eſſe videtur, nec ſervum hujus poſtumi recte hæredem inſtitui, cum, ut jam aliquoties dictum, teſtamenti factio cum ſervis ex perſona domini introducta ſit. Sed animadvertendum eſt, ſervum hic dici ejus, qui in utero eſt, reſpectu habito ad caſum, quo is natus, & hæres factus erit: inſtitutionem vero vires capere non ex perſona ejus, qui in utero eſt, ſed defuncti, cum quo ſufficit teſtamenti factionem fuiſſe, etiamſi cum hærede ſcripto

pro

pto non ſit, *l. ſervus* 52. *hoc tit.* Adhæc in univerſum inſtitutio ſervi alieni non ita comparata eſt, ut inſtitutus ſemper dominum, in cujus poteſtate eſt tempore facti teſtamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres fit; manumiſſus ipſe ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum ſervus ejus, qui capere non poteſt, inſtitutus eſt, *l. ſervus* 82. *de acq. hær.* atque hinc clariſſime patet, verum eſſe quod diximus, *ſub §. præc.* in his ſervorum inſtitutionibus etiam ſervorum, qui inſtituuntur, perſonam ſpectari.

Textus.

De ſervo plurium.

3. *Servus autem plurium, cum quibus teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus hæres unicuique dominorum, cujus juſſu adierit, pro portione dominii acquirit hæreditatem.*

Notæ.

3. *Ab extraneo*) Ab uno ex dominis inſtitutus, acquirit ceteris per *l.* 63. *§.* 8. *pro ſoc. l.* 49. *ad leg. Falc.*

Commentarius.

De ſervo communi hærede inſtituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tit. ſub fin. Hic agitur de ſervo plurium, qui hæres inſtitutus eſt ab extraneo. Ait, hunc ſervum unicuique dominorum, cujus juſſu adierit, hæreditatem acquirere, idque non pro parte virili, ſed dominica. Juſſum domini præcedere debere conſtat, ac ſine eo ſervum hæreditatem adeundo nihil agere: de quo *ſub §.* 3. *ſup. per quas perſ.* Quid ergo, ſi unius juſſu adierit? Ne ſic quidem hunc interim pro majore parte, quam dominica hæredem faciet: ceterum ſociis poſtea non jubentibus adire, tacito jure partes ei accreſcent, *l. ſervus* 67. *de acq. hær.* add. *l. ult. de vulg. & pup. l. ſi ſervus* 50. *de legat.* 1. *§. ult. inf. de ſtip. ſerv.*

Cum quibus teſtamenti factio) Hoc additum, quia, ut jam ſæpe diximus, quos ipſos hæredes inſtituere non poſſumus, eorum nec ſervos poſſumus, *l. non minus* 31. *hoc tit.* Excepto quod ſervi eorum, qui non abſolute incapaces ſunt, ſed *κατα τι* duntaxat, cujuſmodi olim erant fœminæ, orbi, cælibes, vid. *ſup. pr.* inſtituti ab eo, ex cujus teſtamento domini capere non poſſunt, & antequam dominorum juſſu hæreditatem adeant, alienari, novum dominum hæredem faciant, manumiſſi ipſi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum ſit, *l. ſi ſervus* 82. *de acquir. hær. fac. l. ſi Titio* 55. *§.* 1. *de legat.* 2.

Textus.

De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures uſque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

Notæ.

4. *Uſque in infinitum*) Εἰς ἀπέραντον. Theoph. Sententia eſt, certum numerum hæredum inſtituendorum nemini præſcriptum eſſe, ſed totum hoc arbitrio teſtantis permitti.

Commentarius.

Uſque in infinitum) Εἰς ἀπέραντον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat: quomodo & alibi ſæpe hoc verbum uſurpatur, *l. qui reſtituere* 68. *§.* 1. *de rei vind. l.* 4. *§.* 2. *de in lit. jur.* Senſus igitur hujus §. eſt, poſſe teſtatorem tot hæredes inſtituere, quot ei placuerit; nimirum certum numerum hæredum inſtituendorum nemini lege præſcriptum eſſe, ſed totum hoc arbitrio teſtantis permitti. Inepti autem ſunt, qui ex hoc loco colligunt, poſſe quem inſtituere omnes homines, qui in mundo ſunt: talis enim inſtitutio exitum reperire non poteſt, neque eſt hominis, qui ſuæ mentis eſt compos. vid. Gomez. 1. *var. reſol.* 2. *n.* 2. Plane illud crediderim defendi poſſe cum D. Viglio, rempub. inſtitutam videri, ſi quis ſimpliciter cives univerſos inſtituerit; & valere hujuſmodi inſtitutionem, quando permiſſum eſt rempub. aut civitatem hæredem inſtituere. Non enim idem hic ſemper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot exteros populum Romanum ſibi hæredem inſtituiſſe. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius vero *lib.* v. *epiſt.* 7. *ad Calviſium* ſcribit, palam eſſe, nec hæredem inſtitui nec percipere rempub. poſſe. Ab eo jure poſtea interdum receſſum: confer Ulpian. *tit.* 22. *§.* 5. *& tit.* 24. *§.* 26. *l.* 2. *l. ſenatus* 20. *de reb. dub. l. omnibus* 26. *ad ſen. Trebell. l. civitatibus* 122. *de legat.* 1. *l.* 12. *hoc tit.* Vinn. Poterat res publica inſtitui jure gentium. Et talis hæreditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Volcatii Moſchi, exſulis, relicta Maſſilienſibus. Tac. *Ann. lib.* iv. *cap.* 43. Pertinuit itaque hæc prohibitio ad municipia, quæ jure civili tenebantur, non ad civitates *αυτονομους*. Præclara ſunt, quæ in hanc rem diſſerit amiciſſimus olim collega Nic. Hier. Gundl. *Diſſ. de principe hærede cap.* 3. *§.* 2. *ſeq.* Hein.

Textus.

De diviſione hæreditatis.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias; quæ aſſis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia uſque ad aſſem: ut puta hæc, ſextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique ſemper duodecim uncias eſſe oportet: nam tot unciæ aſſem efficiunt, quot teſtator voluerit: & ſi unum tantum quis ex ſemiſſe verbi gratia hæredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere poteſt,*

teſt, niſi ſit miles, cujus ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et e contrario poteſt quis in quantaſcunque voluerit plurimas uncias ſuam hæreditatem dividere.

Notæ.

5. *In duodecim uncias*) Hæc ſolemnis eſt hæreditatis diſtributio. *l.* 13. §.1. *h. t.* quia perfectus eſt numerus duodenarius. Diod.Sic. *eclog*. 40. Galen. *de cui an. pec. not. & med.* τελειοτητ☉ συμβολον, Hermias in *Phæd. Plat.* των αριθμων μουσικωτατ☉. Ariſtid. *περι μουσ.* add. Cujac.ad. *d. l.*13. Duar.11.*diſp.*36. Fabrot. *ad Theoph.*

Non ſemper duodecim uncias) Non eſt neceſſe, ut ſemper diſtributio fiat in 12. uncias: ſed poteſt teſtator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.* 13. §. 1. 2. 3. & *ult. l.* 18. *eod. l.*13.*C. de lib. & poſt.* Paul. III. *ſent.* 4. Poteſt & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *l.* 2. §.7. *de collat. l.* 76. *de acq. hær.*

2 *Unum ex ſemiſſe*) Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque eſt, ſi quis inſtitutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac ſi rei mentio facta non eſſet, *l.* 1. §. 4. *l.*9. §. 13. *h. t. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* niſi cohæredem habeat indefinite aut ex parte hæreditatis ſcriptum, tunc enim legatarii loco eſt. *l.*13. *C. h. t.*

Ex parte teſtatus) *l.* 7. *de reg. jur.* Ex poſtfacto tamen vi ipſa pro parte quis inteſtatus fieri poteſt, reſciſſo vid. pro parte teſtamento. *l.* 15. *in fin. l.*24. *de inoff. teſt.*

Niſi ſit miles) Miles etiam ab initio pro parte tantum teſtatus decedere poteſt, *l. pen.* §.2. *de caſtr. pec. l.* 6. *l.* 19. *de teſt. mil. l.* 2. *C. eod.* quippe qui hic duorum velut hominum perſonam ſuſtineat; *l.*17. §. 1. *eod.* Igitur ſi miles unum tantum v. g. ex ſemiſſe hæredem ſcripſerit, quantum ad alterum ſemiſſem inteſtatus deceſſiſſe intelligetur, & locus fiet legitimis hæredibus. *l.* 19. *l.* 37. *de teſt. mil.* & ita etiam in ſpecie. *l.* 6. *eod.*

Commentarius.

1. *Aſſis, ejuſque partium uſus, quam frequens & quibus in rebus fuerit?*
2. *Licere teſtatori in quot voluerit partes hæreditatem diſtribuere.*
3. *Quod unus tantum, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re inſtitutus, omnium bonorum hæres fiat, magis eſſe ex ſubtilitate juris, quam ex defuncti voluntate.*
4. *Quam rationem habeat, quod jus civile non patitur eundem teſtato & inteſtato decedere?*
5. *An teſtator poſſit prohibere jus accreſcendi?*
6. *In militaribus teſtamentis regulæ ſuperiori non eſſe locum.*
7. *Quantum mores hodierni diſſideant a jure civili Romanorum?*

SEquitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes ſcripti ex ratione juris & voluntate teſtatoris conſequantur: quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi poſſit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili ſcilicet & ſolemni diſtributione, earumque partium indicare nomina, quo ea in numerato haberent ſtudioſi diſciplinæ juris: idque fecit verbis Ulpiani in *l. ſi ſervum.* 50. §.*ult. h. t.*

In duodecim uncias, quæ aſſis appellatione) As in re numeraria eſt minimus æris nummus. Hinc illa, ad aſſem reddere, ad aſſem omnia perdere. Cum ſermo eſt de ponderibus, de diviſione hæreditatis aut fundi; ſolidum, id eſt, totum quid ſive integrum ſignificat, conſtans ex duodecim unciis, & nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex aſſe poſſidere, *l. pen. qui ſatiſd. cog.* in aſſem vindicare. *l. poſt emancipationem.* 40. §.1. *de legat.* 3. Hæres ex aſſe, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.* VII. *ad Attic. Epiſt.* 2. *edit. Victor.* & alia plura ejuſdem generis. Scribit Voluſ. Metianus *lib. de ponderib. in pr.* neceſſariam cognitu aſſe aſſis in ſuas partes diſtributionem, non ſolum propter inſtitutionem plurium hæredum, ſed etiam pro- 1
pter innumera alia. Etenim aſſis ejuſque partium & omnino numeri duodenarii frequentiſſimus apud Romanos uſus fuit, non tantum in hæreditatibus, ponderibus aut menſuris: verum etiam in diviſione corporum, veluti fundi, *l.* 8. *de rei vind. l. minor* 39. §.2. *de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, §. *ſi quis una.* 9. *inf. de fideic. hær.* Uſuras quoque Romani partibus aſſis diſtinguebant, eaſque partiebantur in uncias, ſextantes, quadrantes, trientes, quincunces, ſemiſſes, beſſes, &c. ut videre eſt *l.* 7. §. *qua autem.* 10. *in fin. l. Titium.* 47. §. 4. *de adm. tut. l. liberto.* 21. §. 4. *de ann. legat. l.* 3. §. *ult. ad leg. Falc. l. creditor.* 102. §. *ult. de ſolut. l. vos.* 26. §.1. *C. de uſur.* Sed & aſtrologi res omnes revocant ad duodecim partes; menſes, horas, ſigna, latitudinem ſignorum: quod notat Cujac. *ad l.* 13. *hoc tit.* Cauſam uſus hujus numeri, quæ a juriſperitis tradita non eſt, Duarenus *lib.*11. *diſp.*36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commode dividatur; και γαρ ἡμισυ εχει, και διμοιρον, και τεταρτον, εκτον τε και δωδεκατον. Locus Galeni integer refertur a Duareno.

Habent hæ partes propria nomina) Refert jam propria nomina partium aſſis, contentus initium feciſſe ab uncia cum Ulpiano *d. l.* 50. §. *ult. hoc tit.* licet & ipſa uncia in partes minutiores dividi poſſit, veluti in duas ſemuncias, in tres duellas ſive binas ſextulas, in quatuor ſicilicos, in ſex ſextulas, in 24. ſcriptula: de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis ſimul notas partium proponit. Varro *lib.* IV. *de ling. Lat. ſub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat Voluſ. Metian. *de ponderib.* ſed melius Salmaſ. *de mod. uſur. pag.*251. Illud ſciendum eſt, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l.*2. §. *ſi duo.* 7. *de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. *videamus.* 8. *inf. eod.* in ſex ſextas, *l. ſitu* 76. *de acq. hær.*

Quot teſtator voluerit) Licet ſolemnis & uſitata aſſis 2
diſtributio in duodecim partes ſive unciaſs, uti dictum eſt, fiat: poteſt tamen paterfam. eam diſtributionem non ſequi, atque in tot partes unciaſve hæreditatem diſtribuere, in quot voluerit, ſive in plures ſive in pau-

pauciores, *l.*13. §.1.2.3.*& ult. hoc tit.* Proinde ſi, verbi cauſa, tres hæredes ſcripſerit, ſingulos ex quincunce, rata eſt patrisfam. voluntas, ut ſubſtantiam ſuam partiti in quindecim uncias. Et ſi duos tantum, unum ex triente, alterum ex quadrante, hæredes ſcripſerit, videbitur in partes ſeptem hæreditatem diviſiſſe, *d.l.*13. §. *ult. l. Sabinus* 18. *eod. l.* 13. *in pr. de lib. & poſt.* Atque hac eadem ratione defenditur, quod reſcriptum eſt in *l.3.C.de teſt.mil.* militem, qui filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia inſtituiſſet, nec de reſiduis portionibus quicquam ſignificaſſet, in tres partes videri voluiſſe hæreditatem dividere; non autem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere: quamvis id militi conceſſum ſit. Sive autem plures, ſive pauciores partes teſtator fecerit: tacito jure in duodecim ſemper hæreditas reſolvitur, *d.l.*13. §. 1. *hoc tit.* VINN. Non abſona videtur viri doctiſſimi A. A. Pagenſtecheri conjectura in *Aphoriſm. jur. h. t.* §. 109. hanc aſſis diſtributionem arceſſentis a ritu teſtandi per æs & libram: ſaltim as videtur datus pro aſſe hæreditatis. Eo vero quum totus as hæreditatis emeretur: poſſes inde & rationem reddere antiqui axiomatis: *nemo poteſt pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere*. HEIN.

Si unus ex ſemiſſe, totus as in ſemiſſe) Quando unus tantum hæres ſcriptus eſt, licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, ſemiſſe, vel etiam minima, is perinde ac ſi ex toto aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorum
3 hæreditatem conſequitur. Ceterum magis, ut opinor, ex ſubtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione ſubjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejuſmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato cohærede ex parte aliqua ſcriptus eſt, quam ubi plures ex pluribus. Nam ſi, verbi gratia, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſunt, commodiſſime dicitur, arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hæreditatem diviſiſſe: quod ſecus eſt, ſi unum tantum inſtitutum proponat in quadrante ſive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo caſu propter libertatem diſtribuendi & communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis, quod in teſtamentis paganorum, *l.*3. *C. de teſt.mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſſe propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coercet, & uno tantum hærede in certa aſſis parte inſtituto a pagano, hanc partem reliquas ad ſe trahere; ſi a milite, reſiduum hæredes ab inteſtato laturos, recte judicavit D. Viglius: quod & in Græcis inſtitutionibus diſerte expreſſum eſt, & tantum non etiam in *l.quærebatur* 19. *de teſt. mil.* Quod ſi quis ſolus inſtitutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo, perinde quaſi ſimpliciter ac ſine ulla rei mentione ſcriptus eſſet, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi.*41.*in fin.de vulg.& pup.* Nam cum harum rerum quædam inter ſe pugna ſit; ſucceſſionis univerſi juris cujuſmodi eſt hæreditas, & acquiſitionis rei ſingularis, poteſtate juris detrahitur rei mentio, & hæredi ſic, quaſi univerſaliter inſtitutus eſſet, ſuccurritur, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. *ſi duo.* 13. *hoc tit.* Sed & hoc ſecus ſe habet in teſtamento militis; quoniam & ipſum eſt ex ſubtilitate juris, atque ex vi ſuperioris regulæ, quæ ad militaria teſtamenta non pertinet, *l. 6. de teſt. mil.*

Ex parte teſtatus, ex parte inteſtatus) Jus noſtrum 4
non patitur, inquit Pomponius, eundem in paganis teſtato & inteſtato deceſſiſſe, *l.7. de reg.jur.* quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam ajentia & negantia, & ideo eidem ineſſe, aut de eodem ſubjecto vere pronunciari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt, unum atque eundem in totum aut ſecundum eandem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe; at nihil prohibet lex oppoſitionis, quominus dicamus, eundem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundum idem, ſed ſecundum partes diverſas. Verum ut hic quoque pugna ſit, efficit ſubtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, atque ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per hæredes diverſi generis partim ex teſtamento partim ab inteſtato: ſed quiſquis hæres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici ſucceſſionis genere, vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Et hoc eſt, quod ſcribit M. Tullius *lib.*11.*de invent.c.*21. *unius pecuniæ plures diſſimilibus de cauſis hæredes eſſe non poſſe: nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecuniæ alius teſtamento, alius lege hæres eſſet.* Cujus rei hanc rationem affert Gomez. 1. *reſol.* 3. *num.*3.& 10.*num.*27. quod abſurdum ſit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura eſſe non poſſunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, §.*minorem* 4. *ſup. de adopt.l.*5.*de acceptil.* repræſentari, vid. & D.Hotom. *hic.* Ego autem arbitror, naturaliter in *d.l.*7.*de reg.jur.* poſitum eſſe, pro eo quod recepti paſſim moris erat, ut & alibi interdum, *l.*16.§.4.*de minor.l.*22.§.*ult.locat.* Et ſic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex naturæ hæc eſt, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur.* Id eſt, lex conſuetudinis generalis deducta ab aliqua ratione naturali, *l.*24.*de ſtat.hom.* Nam regula iſta e ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipſos quidem Romanos in teſtamentis militum. Ex hac porro regula deſcendit, quanquam non tanquam ex cauſa proxima aut adæquata, jus accreſcendi inter plures hæredes teſtamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accreſcat ceteris, qui hæredes extiterunt, *l.un.C.* §.*his ita.* 10. *de cad.toll. l. liber homo.* 59. §. 3. *hoc tit.* Plane illud fieri poteſt, ut qui ab initio in totum teſtatus deceſſit, cujuſque hæreditas ſemel ex teſtamento adita fuit, ex accidenti & poſt facto pro parte inteſtatus vi ipſa efficiatur, hæredique ſcripto portio emolumenti auferatur, reſciſſo pro parte teſtamento per querelam inofficioſi, *l.*15. *in fin. l.circa.* 24.& *l.ſeq.*§.1.*de inoff.teſt.* Ceterum hoc regulam non ſubvertit: quippe cui ſatisfactum eſt, ſi ejus, qui teſtamento jure ab initio facto deceſſit, hæreditas ex teſtamento adita fuerit; ad ea, quæ poſtea fiunt, non pertinet, *per l.pen.*§.2.*de caſtr.pec.* Et igitur ſi quis ſolus ex certa parte inſtitutus

tus ſit, is nihilominus in integrum aſſem poteſtate juris
5 vocatur. Sed quid ſi teſtator adſcripſerit, nolle ſe, ut hæres ſcriptus reliquas partes ferat, & jus accreſcendi expreſſe prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo ſine obſervatione legum teſtamentum condere poteſt, *l. 4. qui teſt. fac. l. pen. §. 2. de caſt. pec.* ita nemo quoque in ſuo teſtamento cavere poteſt, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo 55. de legat.* 1. ut illud omnino manifeſtum ſit, teſtatorem nulla cautione efficere poſſe, ut contra regulam juris civilis diſſimiliter ei ſuccedatur, & ex teſtamento, & ſimul ab inteſtato. Alterutrum ergo dicamus neceſſe eſt, vel cum Bart. *in l. 9. §. ſi duo 13. hoc tit. & in l. ſi quis. 29. ad SC. Treb.* totum teſtamentum ob eam prohibitionem collabi; utique tamen hæredes ab inteſtato teneri quaſi ex fideicommiſſo partem teſtamento expreſſam reſtituere hæredi ſcripto, vid. Gomez. 1. *reſol.* 10. *n.* 10. *& ſeq.* vel, rato manente teſtamento, prohibitionem inſuper habendam, reſiduaſque partes quamtumvis vetante teſtatore, accreſcere hæredi inſtituto. Quæ ſententia rationi juris magis conſentanea eſt, ut ex iis, quæ jam dicta ſunt, perſpicue patet, & numero etiam ſuffragiorum vincit, teſtibus Vigl. *hic.* Clar. §. *teſtamentum. q. 74.* Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 11. *n.* 6. Non obſtat huic ſententiæ, quod Ulpianus *in l. 9. §. ſi duo.* 13. *hoc tit.* ſcribit, & Vaſquius *lib.* 1. *de ſucc. creat.* §. 3. *num.* 6. objicit, inſtitutos ex certis rebus, quaſi ſimpliciter inſtituti ſint, hæreditate potiri, niſi voluntas patrisfam. manifeſtiſſime refragetur: quippe qua clauſula non hoc Juriſconſultus ſignificat, ſi teſtator prohibuerit reliquam hæreditatem accreſcere inſtitutis, ob id aut vitiari inſtitutionem, aut partes eas relinquendas legitimis ſucceſſoribus: ſed quod ſcripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac ſi nec res nec partes nominatæ eſſent, *d. l. 9. §. ſi duo 13. & l. ſeq.* in manifeſta teſtatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expreſſit; veluti in ſpecie ab Ulpiano propoſita, unus ex triente, alter ex beſſe, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipſo jure, quam officio arbitri familiæ erciſcundæ, *l. ex facto 35. in pr. eod.* Eſt tamen & media ſententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de hæ. inſt.* & a qua non abhorret doctiſſimus Bachovius, nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem, quominus hæres ſcriptus ipſo jure ex aſſe hæres fiat: ceterum hanc ejus vim eſſe, ut hæres ille partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tanquam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis, qui ab inteſtato ad hæreditatem ejus veniſſent, ducto argumento a ſimili, quale proponitur *l. 7. l. 17. & l. ſi quis 29. ad ſen. Treb. & §. 3. inf. quib. mod. teſt. inf.* Et hæc ſententia mihi quoque non adeo diſplicet; quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris, eoque accommodari poteſt clauſula in *d. l. 9. §. ſi duo* 13. de qua paulo ante. Mediam ſententiam excogitavit & Viglius noſter; ſed ille dum ſervare cupit voluntatem teſtatoris, manifeſte facit adverſus rationem juris comminiſcendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas teſtator ſcriptum hæredem habere noluit, inſtitutionem; qualis inſtitutio jure noſtro penitus incognita eſt: quod cum nec ipſe diſſimulare audeat, mihi argumento eſt, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modo eam propoſuiſſet.

Niſi ſit miles, cujus ſola voluntas) Quæcunque ſubtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus teſtamentis, eorumve interpretatione locum non habere oſtendimus ſupra *tit. de mil. teſt.* Inter 6
hæc autem eſt & regula propoſita, quæ prohibet eundem ex parte teſtato & inteſtato decedere: & ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. *l. 7. de reg. jur.* Igitur ſi miles, verbi cauſa, unum ex fundo hæredem ſcripſerit, non detrahitur poteſtate legis mentio fundi, ſed quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe intelligitur, & locus fit legitimis hæredibus, *l. 6. de teſt. mil. l. 2. C. eod.* quod & tunc obtinere credimus, quando unum hæredem ſcripſit ex parte aliqua hæreditatis, *per l. quærebatur. 19. d. tit.* Sed etſi plures hæredes inſtituerit, & unus omiſerit hæreditatem, pars omiſſa ad alios non redibit, ſed deferetur hæredibus ab inteſtato, niſi contraria oſtendatur militis voluntas, *l. ſi duobus 37. eod.* Et quod juris eſt in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis ſpatio, ut uſque ad certum tempus vel ex certo tempore hæredem miles inſtituere poſſit, ut quo tempore hæres ſcriptus non eſt, inteſtati hæreditas deferatur, *l. 15. §. 4. l. miles ita. 41. in pr. eod.* vid. Duar. *ad tit. de teſt. mil. cap.* 4. Sich. *ad l. 1. 2. & 3. C. eod.* In Belgio generali conſuetudine paſſim 7
receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato, partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani. D. Grot. II *man. cap.* 18. Gudelin. II. *de jur. noviſſ. cap.* 5. Chriſtin. *vol.* I. *deciſ.* 51. *num.* 48. *& ſeqq. & deciſ.* 312. *& vol.* IV. *deciſ.* 10. *num.* 3. Zypæ. *not. jur. Belg. de teſtam. in pr.* Unde quæſitum eſt, an per hoc cenſeri debeat abolitum quoque eſſe jus accreſcendi. Et quidem ubi unus tantum ex re certa vel parte aliqua hæreditatis inſtitutus eſt, non magis hic moribus noſtris reſiduum accreſcet hæredi ſcripto, quam jure civili Romanorum in eadem ſpecie ex teſtamento militis; ſed ad hæredes ab inteſtato pertinebit, *arg. l. 6. l. quærebatur. 19. de teſt. mil. l. 2. C. eod.* idque etiam fatentur Chriſtin. *d. deciſ.* 312. & Gudelin. *d. loc.* quoniam, ajunt, in hujuſmodi caſibus jus accreſcendi non ex conjunctione aut voluntate teſtatoris, ſed ex legis poteſtate proficiſcitur. Idemque haud dubie cenſuerunt, ſi plures quidem ſcripti ſint, ſed ex partibus inæqualibus; idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Rom. accretionem impedit inter collegatarios. De quo ſub §. *ſi eadem. 8. inf. de legat.* Ego idem dixerim & ſi ſingulis ſingulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti ſi tres ſcripti, ſinguli ex quarta bonorum parte; videlicet partem vacantem hic non accreſcere ſcriptis, ſed jure inteſtati ad legitimos hæredes pertinere. Sed & ſi, verbi gratia, plures ſimpliciter inſtituti ſunt, aut in eandem partem hæreditatis vocati, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure conſuetudinario ceteris accreſcere debere, quam ſi ex veriſimilibus ſaltem conjecturis appareat, eam fuiſſe voluntatem defuncti: cujus rei probatio cohæredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti, pro parte omiſſa inteſtati, aut exitum in teſta-

ſtati paſſi, plus ad eos redeat, quam eis datum eſt. Hanc enim interpretationem in eadem ſpecie veteres ſecuti ſunt in teſtatore milite. *l. ſi duobus* 37. *de teſt. milit.* cui non obſtat, *l.* 1. *C. eod.* quia ibi ex parte hæres inſtitutus proponitur, qui & ipſe militi ab inteſtato ſucceſſurus erat; nimirum frater militis: & ideo niſi alii hæredes ab inteſtato probent, militem noluiſſe ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem inſtitutum pervenire, portio deficiens hac ipſa ratione ad fratrem pertinebit, quia pro ea parte miles inteſtatus deceſſit. Ceterum contraria ſententia prævaluit hac ratione, quaſi jus accreſcendi in propoſito non deſcendat ex poteſtate juris, ſed ex voluntate teſtatoris, quæ ex ſola conjunctione æſtimetur, D. Grot. II. *manuduct. c.* 23. Gudelin. *d. c.* 5. Chriſtin. *d. deciſ.* 51. *num.* 48. ac pleriſque perſuaſum fuit, etiam olim in teſtamentis militum, quamvis hi pro parte teſtati & pro parte inteſtati decedere poterant, id obtinuiſſe, niſi hæredes legitimi de contraria voluntate teſtantis docuiſſent, *arg. l.* 1. *C. de teſt. mil.* in dubio enim hanc præſumptionem fuiſſe: Quod miles uti voluerit jure communi. Qui perſpicuus error eſt, nec veterum hanc ſententiam fuiſſe apparet, ex *d. l.* 37. Nam poſito, quod jus accreſcendi ideo in militis teſtamento ceſſat, quia militi conceſſum, ut poſſit pro parte teſtato & pro parte inteſtato decedere, etiam ubi jure communi id permiſſum eſt, idem eſt dicendum, vid. Ant. Fab. *dec.* 72. *error.* 5. & 6. Don. *in d. l.* 1. *C. de teſt. mil.* Duar. *d. cap.* 4. Vaſq. *lib.* II. *de ſucc. prog.* §. 15. *num.* 110. & *lib.* III. *de ſucc. creat.* §. 24. *num.* 41. & *multis ſeqq.*

Textus.

De portionibus ſingulorum hæredum. Si teſtator aſſem non diviſerit, aut partes in quorundam perſona non ultra aſſem expreſſerit.

6. *Si plures inſtituantur heredes, ita demum in hoc caſu partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator, eos ex aequis partibus heredes eſſe. Satis enim conſtat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes eſſe. Partibus autem in quorundam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſiquidem aliqua pars aſſi deerit, ex ea parte heres fit. Et ſi plures ſine parte ſcripti ſunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus ſit, ii, qui nominatim expreſſas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec intereſt, primus, an medius, an noviſſimus, ſine parte heres ſcriptus ſit: ea enim pars data intelligitur, qua vacat.*

Notæ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex aequis*) *l.* 9. §. 12. *hoc tit.* fac. *l.* 19. §. *ult. de leg.* I. Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantum perſonæ poteſtate fungi, v. g. ſi teſtator ita dixerit, *Titius heres eſto, Sejus & Mævius heredes ſunto.* Aut ſic, *Titius & fratris mei filii heredes ſunto.* Hic conjuncti unum ſemiſſem; Titius alterum habebit, *l.* 15. *pr. l.* 59. §. 2. *hoc tit. l.* 34. *de leg.* I. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* niſi celeritatis gratia conjunctio facta doceatur, *l.* 66. *hoc tit.*

Si vero totus as completus) *l.* 17. *pr.* §. 3. & 4. *eod.* Breviter, qui ſine parte ſcriptus eſt, vacantem portionem, vel alium aſſem occupat, *l. ult. ſec. tab.*

In dimidiam partem) Id eſt, in ſemiſſem reducta ratione ad ſolemnem aſſis diſtributionem: alias in alterum aſſem: eadem enim proportio eſt.

Commentarius.

1. *Inter inſtitutos ſine partibus pariter hereditatem dividi, etiamſi teſtamento non facto inaequaliter fuiſſent ſucceſſuri.*
2. *Quantum, expleto dupondio, qui ſine parte ſcriptus eſt, habere debeat?*
3. *Perperam Hotomannum* in l. 17. §. ult. hoc tit. *pro triente ſubſtituere treſſem.*
4. *Qua in re error Hotomanni maxime conſpicuus?*

Intelleximus, quid juris ſit, ſi unus tantum hæres ſcriptus proponatur, nimirum eum & ſolum hæredem fore, atque ex toto aſſe, non tantum, ſi ſimpliciter aut ſine parte ſcriptus ſit, verum etiam, ſi ex parte duntaxat hæreditatis, atque adeo, ſi ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. 1. & 2. *ſeqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus inſtitutis, quaſque in portiones ſinguli vocati intelligantur? Diſtinguendi autem, ut ex progreſſu apparet, tres articuli. Primus eſt, ſi plures inſtituti ſint ſine definitione partium: alter, ſi quidam ex certis partibus hæreditatis inſtituti, quidam indefinite ſeu ſine partibus: tertius, ſi omnes partibus expreſſis.

Nullis partibus nominatis ex aequis partibus) Hic primus articulus eſt, qui omni caret ſcrupulo propter evidentiam voluntatis teſtatoris, qui, ſi inſtitutos voluiſſet impariter ſuccedere, partes utique expreſſiſſet, *l.* 9. §. *heredes* 12. *hoc tit.* qua de cauſa idem quoque ſervatur in re pluribus non expreſſis partibus legata. *l.* 19. §. *ult. de legat.* I. Quin etiam eandem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem ſequimur, & 1 ſi qui ſine partibus inſtituti ſunt, non facto teſtamento in ſtirpes aut portionibus inæqualibus, ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri: quia teſtamento facto jam non jure proximitatis aut repræſentationis veniunt, ſed titulo & jure inſtitutionis ex judicio & voluntate defuncti, qui legitimæ ſucceſſioni per teſtamentum ſuum derogare voluiſſe credendus eſt, niſi ex conjecturis contrarium elici poſſit. Ita poſt alios Weſemb. *hic.* & *in parat. eod. n.* 6. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* IV. *tit.* II. *n.* II. Illud in univerſum tenendum, ſi conjuncti & disjuncti commixti ſint, conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, *l. plane* 34. *de legat.* I. *l. un.* §. *his ita* 10. *verſ. ſin vero. C. de cad. toll.* veluti in hac inſtitutione; *Titius heres eſto: Sejus & Mævius heredes ſunto:* ſemiſſem Titius & tantum ſolus feret, quantum duo conjuncti, Sejus & Mævius, *l. liber homo* 59. §. 2. *hoc tit.* Con-

Conjuncti etiam, & vel maxime, ſunt, qui nomine collectivo inſtituuntur, *l.13.in pr. eod. l.ult. in fin. C.de impub.& al.ſubſt.* de cujus conjunctionis poteſtate Mantic. *d. loc. num.*12. & 2. *ſeqq.* Vaſq. *lib.* III. *de ſucceſſ. prog.* §.21. *num.* 33.

Partibus in quorundam perſonis expreſſis) Hic articulus ſecundus eſt, & complectitur tres caſus: nam partes adſcriptæ, aut non exæquant aſſem, aut exæquant, aut ſuperant, duo priores hic tractantur, tertius, §. 8. Primum quod attinet, ait, ſi partibus in quorundam perſonis expreſſis adhuc aliquid aſſi deerit, id quod ſupereſt, eum vel eos, quibus pars appoſita non eſt, habituros, verbi cauſa, ſi duo ſcripti ſint ex quadrantibus, tertium ſine parte ſcriptum, quod ex aſſe reliquum eſt, & nimirum ſemiſſem, ablaturum. Hoc & Ulpian.*l.item quod* 17.*in pr. eod.* atque omni dubio hic item caſus caret. Secundus eſt, ſi partes nominatæ aſſem exæquent ſive expleant: de quo ſic breviter hic Imperator: *Si totus as completus ſit, ii, qui nominatim expreſſas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam.* Nimirum cum aſſe expleto alius ſine parte hæres ſcriptus eſt, hic, quia ad nullam reſiduam aſſis partem reſtringi poteſt indefinite ſcripti inſtitutio, veriſimile eſt teſtatorem ad novum aſſem ſive ad dupondium tranſire voluiſſe, atque in uncias 24. hæreditatem diſtribuere. Et conſequenter ergo qui ſine parte ſcriptus eſt, in alium illum aſſem veniet, aut ſi plures, omnes in eundem, *d.l.*17.§.3.& 4. vel ſi dupondius ad aſſem revocetur, quo reſpexit Juſtinianus, venient indefinite ſcripti in ſemiſſem; eadem enim utrobique proportio

2 eſt. Similiter, ſi quis dupondium diſtribuerit, & tertium ſine parte hæredem ſcripſerit, ad tripondium tranſitum feciſſe intelligitur: & ideo, qui ſine parte inſtitutus eſt, in tertium aſſem veniet, ſive re ad unum aſſem revocata in trientem, §.8. *inf.eod.* eaque mens eſt Juriſconſulti *in d.l.*17.§.*ult.* cum ait, diſtributo dupondio ſine parte ſcriptum non in alium aſſem, ſed in trientem venire; non in alium aſſem oppoſitum dupondio ad aſſem prius revocato, ſive qui diſtributione teſtatoris ad ſolemnem unius aſſis rationem redacta efficiat ſemiſſem totius hæreditatis, ut ille ſolus tantum capiat, quantum alii omnes, uti fit, cum quis ſine parte ſcribitur expleto aſſe, de qua ſpecie tractaverat §.3.& 4. ſed in eam partem duntaxat, quæ, ratione ad unum aſſem revocata, efficiat illius aſſis trientem, atque in diſtributione teſtatoris ſive in tripondio uni aſſi ſive 12. tantum unciis ἀναλόγως re-

3 ſpondeat. Non eſt igitur ferenda Franciſci Hotomanni confidentia, qui locum iſtum Juriſconſulti mendoſum eſſe contendens, pro *trientem* reponi vult *treſſem* vel *tripondium*; quaſi Juriſconſultus ita ſcripſiſſet, *Qui dupondio diſtributo ſine parte inſtitutus eſt, non in alium aſſem, ſed in treſſem venit.* Quæ oratio manifeſte aut in totum falſa eſt, aut implicat contradictionem. Falſa, ſi treſſem accipimus pro tribus aſſibus conjunctim ſive pro unciis 36. in quas tota hæreditas diviſa proponitur: ſic enim foret, ut totum ferret ſolus, qui ſine parte ſcriptus eſt. Contradictionem habet, ſi eadem vox accipiatur diſcretim pro aſſe tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi; *Qui dupondio diſtributo ſine parte ſcribitur, non venit in alium aſſem,* aperte contraria eſt illa: *Qui dupondio diſtributo ſine parte ſcribitur, venit in treſſem,* ſi hoc eſt in treſſem venire, in novum, in alium, in tertium aſſem venire. Quid eſt vero, quod Hotomannum impulit, ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormem quandam ſententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam ſenior, ſummaque ope defendere conatus eſt, *lib.*VIII.*obſ.c.*2. Putavit Hotomannus, quemadmodum aſſe completo is, qui ſine parte nominatus eſt, in alterum aſſem venit, reque ad unum aſſem revocata aufert ſemiſſem, ſimili modo impleto dupondio eum, qui ſine parte ſcriptus eſt, tripondio ad aſſem revocato, ſemiſſem ferre debere; nec rationem pati, ut hic tantum trientem, ille ſemiſſem ferat. Igitur Hotomannus cum huic opinioni ſuæ videret obſtare d. locum Ulpiani, ſcriptum manifeſtiſſime in contrarium, lectionem loci ex cerebro ſuo mutavit, ut pro *in trientem venit*, ſubſtituerit, *in treſſem venit*. Quæ verba, ſi Hotomanno credimus, ſignificabunt, aufert proportione ſua indefinita ex treſſe 18. uncias. Sed nihil eſt, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quam hæc Hotomanni opinio: nec hilum proficit mutata lectione: quippe cum in treſſem venire duobus tantum modis quis dici poſſit, & iis quos paulo ante indicavi. Miror, virum alias acutiſſimum non potuiſſe videre harum rerum minime obſcuram diſſimilitudinem. Quo plures in partes res quæque diſcerpitur, eo minus ſinguli ex toto ferant neceſse eſt. Accidit hoc item in diſtributione hæreditatis: ac proinde ſi hæreditas diſtributa fuerit in uncias ſive partes 36. ut in quæſtione propoſita, cum exhauſto dupondio aliquis ſine parte hæres ſcribitur, non poteſt nec debet is, cui pars adſcripta non eſt, tantum ex toto, hoc eſt, ex hæreditate conſequi, quantum is, qui aſse ſolum exhauſto ſimiliter ſine parte ſcriptus eſt, ubi hæreditas diviſa eſt ſolummodo in uncias 24. Quid enim tam manifeſtum eſt, quam minores eſse uncias in tripondio, quam in dupondio, atque in hoc iterum minores, quam in aſse, omninoque ratione ad aſsem ſolemnem reducta unam unciam proportione reſpondere duabus in dupondio, tribus in tripondio ſive treſse? Sumamus exempla facillima & prope puerilia cum Hotomanno. *Primus ex* 12.*unciis hæres eſto. Secundus hæres eſto.* Hic Secundus ſine parte inſtitutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim unciis, Secundus item ex* 12.*unciis hæredes ſunto. Tertius quoque hæres eſto.* Hic Tertius itidem habebit 12.uncias, ſed quæ in aſse juris non tantum efficiant, quantum caſu priori: illic enim ſingulæ ſemunciam, hic binas ſolum ſextulas ſive tertiam unciæ partem valent. Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maxime conſpicuus eſt. Is in 4
propoſita ſpecie Tertio ſine parte ſcripto initio nihil, Primo & Secundo ſingulis partis ſuæ dimidiam detrahit, id eſt uncias ſex de duodecim, quot ſingulis adſcriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cum Tertius 12. Primus & Secundus ſinguli 6. tantum uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad aſsem revocat, ut Primo iterum & Secundo ſingulis partis ſuæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id eſt, ternæ unciæ detrahantur, Tertio ſenæ, ut unum hic ſemiſsem ſolus, alterum illi duo conjunctim conſequantur.

tur. Quod minime ferendum eſt. Nam cum Tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur, quam duo illi, in quorum perſona partes expreſſæ ſunt, & vocetur in partem partibus expreſſis æqualem, æqualem quoque detractionem cum ceteris pati debet: ideoque in propoſito, ſi tres aſſes diſtributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in ſingulorum portionibus detractiones fiant. Prima fit tripondii ad dupondium, in qua ſingulis detrahenda pars tertia, id eſt, unciæ 4. altera dupondii ad aſſem, in qua ſingulis, ut as relinquatur, detrahenda eſt dimidia. Denique eadem ἀναλογως ratio eſt, cum dupondio ſuperato aliquis ſine parte ſcribitur, & cum dupondio non ſuperato, ſed expleto tantum; itaque ut illic in id, quod tertio aſſi deeſt, ſine parte ſcriptus vocatur, *l. Sabinus* 18. *eod.* ita hic integrum quidem aſſem tertium, at nihil amplius capere debet, add. Ant. Fab. v. *conj.* 20. Bachov. *in Treutl. vol.* ii. *diſp.* ii. *theſ.* 4.

Textus.

Si pars vacet, aut exuperet.

7. *Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quiſquam ſine parte ſit hæres inſtitutus, quid juris ſit; veluti ſi tres ex quartis partibus hæredes ſcripti ſunt. Et conſtat, vacantem partem ſingulis tacite pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus hæredes ſcripti eſſent. Et ex diverſo, ſi plures hæredes ſcripti in portionibus ſint, tacite ſingulis decreſcere; ut ſi verbi gratia quatuor ex tertiis partibus hæredes ſcripti ſint, perinde habeatur, ac ſi unuſquiſque ex quarta parte hæres ſcriptus fuiſſet.*

Notæ.

7. *Ex quartis partibus*) Id eſt, ſinguli ex quadrante, ſeu tribus unciis. Et ita quoque, quod mox ſequitur, *ex tertiis partibus*, id eſt, ex trientibus, ſive unciis quatuor.

Commentarius.

1. *Explicatur conſtitutio Juſtiniani* in l. 23. C. de legat.

Hic locus pertinet ad articulum tertium, cum hæredes omnes inſtituti ſunt ex certis partibus. In hoc articulo ſi teſtator ſolemnem aſſis diſtributionem ſecutus, non pauciores, neque plures partes ſive uncias fecerit, quam duodecim: nihil eſt, de quo dubitari poſſit. Tantum ſi pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim diſtributionem revocare volumus, quæri poteſt, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat? Placuit autem, adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, ſed pro rata ejus partis, quæ cuique adſcripta eſt. *l.* 13. *§.* 2. *& ſeqq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus &c.) Hoc eſt, ſi tres inſtituti ſint, ſinguli ex quadrante ſive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem*. Id eſt, quadrantem reliquum, ſive tres uncias, quæ aſſi deſunt. *Pro hæreditaria parte*. Hoc clarius apparet, cum adſcriptæ ſunt partes inæquales; veluti ſi teſtator ita dixerit, *Titius ex quadrante, Mævius ex ſemiſſe hæredes ſunto.* Hic enim ex tribus unciis, quæ aſſi explendo deſunt, una Titio, duæ accreſcunt Mævio, *d. l.* 13. §. 3. perinde ac ſi ille ex triente, hic ex beſſe ſcriptus eſſet. Accreſcunt autem partes reſiduæ ſingulis neceſſario, & eadem ratione, qua uni hæredi ex parte ſcripto reliqua hæreditas accreſcit; quia ſcilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex teſtamento, partim ab inteſtato ſuccedatur.

Si quatuor ex tertiis partibus &c.) Hoc eſt, ſi quatuor inſtituti ſint, ſinguli ex triente ſive ex unciis quatuor. *Tacite ſingulis decreſcere.* Pro parte item hæreditaria, ut quadrantem ſinguli in aſſe ferant. Et igitur ſi duo ſcripti ſint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis, Primus ex ſententia veterum habebit hæreditatis beſſem, Secundus trientem, *d. l.* 13. §. *ſed ſi* 4. *hoc tit.* Et ἀναλογων, ſi Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. ſcripti ſint, portio Primi major erit ſeſquuplo vel epitrito, quam Secundi; a qua tamen veterum ſententia videtur receſſiſſe Juſtinianus, *l. cum quæſtio.* 23. *C. de legat.* niſi dicamus cum Donell. *lib.* vi. *comm. c.* 22. intereſſe utrum aſſe ſive duodecim unciis Primo relictis, mox ſemis aut ſex unciæ Secundo relinquantur ſimpliciter, an ſex unciæ aut dimidia nominatim ejuſdem rei aut totius quod relictum eſt. Et hoc poſteriore caſu locum duntaxat eſſe conſtitutioni Juſtiniani, qui & initio ſpeciem ita proponit: priore non item. In quo Donello aſſentior: nam prior caſus, de quo nulla inter veteres diſſenſio, Juſtiniani deciſione non indigebat. Illud addo, poſſe & aliam rationem in re propoſita iniri, ut progreſſus fiat ad dupondium, & ſingulis pro portione hæreditaria accreſcat, quod dupondio deeſt. Sed & tot partes, quot a teſtatore factæ ſunt, in diviſione ſervari poſſunt, ut ſinguli ſuas ferant, *l.* 15. §. *ult. l. ſi ita.* 47. §. 1. *l. ex unciis.* 87. *hoc tit.* Vinn. Conſtitutio Juſtiniani binas tractat ſpecies. Priore ponitur, Titium fundum Cornelianum uni legaſſe in ſolidum, deinde alteri partem ejuſdem dimidiam. Hic Sabiniani ſequendam putabant proportionem geometricam: *l.* 80. *ff. de leg.* 1. *l.* 13. *ff. de lib. & poſtum. l.* 47. *ff. de hær. inſtituend.* Proculiani autem præferebant proportionem arithmeticam. Hinc illi priori legatario beſſem, alteri trientem; hi utrique partes æquales adjudicabant. Quorum ſententiam probat Juſtinianus. Poſterior ſpecies ponit, Titium fundum Cornelianum bis legaſſe uni, deinde ſemel alteri, vel eumdem fundum primum Mævio ſeparatim, deinde Mævio & Sempronio conjunctim legaſſe: hic denuo quidam priori beſſem, poſteriori trientem; alii utrique partes æquales adjudicabant, ob eaſdem rationes. Horum ſententiam Juſtinianus confirmat. Merill. *in l. Deciſ. c.* 29. *p.* 372. Nullo modo ergo hæc conſtitutio adverſatur doctrinæ hujus §. in quo non de legato, ſed de aſſe hæreditario quæſtio eſt. Hein.

Tex-

TEXTUS.

Si plures unciæ, quam duodecim, diſtributæ ſunt.

8. *Et ſi plures unciæ, quam duodecim, diſtributæ ſint, is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt, habebit. Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit. Quæ omnes partes ad aſſem poſtea revocantur, quamvis ſint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1. *Caſus aliquot hic omiſſi recenſentur.*

Rectius hic §. ſubjectus foret §. 6. propter convenientiam propoſitorum in utroque caſuum, qui ad eundem articulum, atque ex tribus, in quos præſens diſputatio diviſa eſt, ad ſecundum pertinent, nempe cum quidam definite, quidam indefinite ſcripti ſunt, ut in explicatione noſtra illic videre licet.

Quod dupondio deeſt) Eadem ratio eſt in ſecundo aſſe, quæ in primo: & ideo quemadmodum aſſe non expleto, is, qui ſine parte ſcriptus eſt, vocatur in id, quod deeſt aſſi, ita ſi teſtator ſuperato aſſe, dupondio tamen non expleto, ſine parte hæredem ſcripſerit, is quod ex dupondio deeſt, habebit, ad quem teſtator aſſem excedens tranſire intelligitur, *l.* 18. *hoc tit.* Quamobrem ſi ita ſcripſerit, *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *Heredes ſunto. Tertius hæres eſto.* Hic Tertius, item octo uncias, quot dupondio deſunt, feret. Eadem ratione, ſi ita ſcripſerit: *Primus ex ſex, Secundus ex octo, hæredes ſunto, Tertius hæres eſto.* Tertius decem, quæ ſuperſunt in dupondio, habebit, *l. ex unciis.* 87. *hoc tit.* Quod ſi partes, uti fit, ad unum aſſem revocamus, in priori ſpecie ſinguli trientem, in poſteriore Primus quadrantem, Secundus trientem. Tertius ſine parte ſcriptus quincuncem feret.

Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit) Expletus videtur dixiſſe pro *ſuperatus*: neque enim hic de expleto aſſe aut dupondio quæritur, ſed de ſuperato, qui caſus ab illo diverſus eſt: quanquam utriuſque eadem ratio, *l.* 17. §. *ult. eod.* & tam is, qui aſſe aut dupondio expleto alium ſine parte hæredem facit, ad dupondium vel tripondium creditur tranſiiſſe, quam is, qui id fecit aſſe aut dupondio jam ſuperato; ut quemadmodum hic ſine parte ſcriptus in id, quod dupondio aut tripondio deeſt, vocatus intelligitur, ita illic in novum, hoc eſt, ſecundum aut tertium aſſem. Sunt & alii caſus, qui ad inſtitutam diſputationem pertinent, a Triboniano omiſſi, & fortaſſis de induſtria: veluti 1. ſi quis ſolus inſtitutus ſit; non ſimpliciter aut ex parte hæreditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo; quam inſtitutionem valere placet, quaſi mentio fundi facta non eſſet, & inſtitutum bonorum omnium hæreditatem conſequi, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l. cohæredi.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* de quo dixi §. 5. *ſup. eod.* 2. Si plures inſtituti omnes item ex re certa: atque hoc caſu ſimiliter mentio rei & partium quoque nominatarum poteſtate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus inſtituti ſunt, niſi aliud ſuadeat manifeſta voluntas teſtatoris: tunc enim partium expreſſio valebit ad rerum diviſionem, ut officio judicis familiæ erciſcundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus aſſignavit teſtator, hæreditas ſingulis adjudicetur, *l.* 9. §. *ſi duo* 13. *l.* 10. junct. *l. ex facto.* 35. *in pr. eod.* 3. Si plures inſtituti, eorumque quidam ex re certa, quidam ſimpliciter aut ex parte hæreditatis. Hoc caſu placuit ſolos hæredes fieri, qui ſimpliciter aut ex quota, uti loquuntur, ſcripti ſunt, ex re ſingulari ſcriptos legatariorum loco eſſe, *l.* 13. *C. eodem.* Cur vero tam varie? Nimirum ideo, quia ubi ſoli ſunt inſtituti ex re certa, hic ſi teſtamentum ſubſiſtere volumus, atque ex eo, quod utique teſtator voluit, deferri hæreditatem, neceſſario detrahenda eſt rei mentio, cum hæc ſimul ſtare non poſſint, hæredem eſſe, hoc eſt, univerſi juris ſucceſſorem, & rem tantum obtinere ſingularem. At vero cum concurrunt cum his alii recte hæredes ſcripti vel indefinite, vel ex certa parte hæreditatis, nulla neceſſitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures ſcripti ſunt, detrahamus, cum rem illam habere poſſint tanquam ex legato, idque ſalva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per cohæredes ſimpliciter vel ex parte ſcriptos ſuſtinetur. Plane ſi hæredes univerſitatis defecerint, quod adire hæreditatem noluerint, aut ante mortui ſint: tunc ex communi opinione Doctorum in *dict. l.* 13. idem per omnia erit, ac ſi inſtituti ex re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent: quamvis nonnulli hanc ſententiam non aliter admittant, quam ſi cohæredes defecerint vivo adhuc teſtatore, quos ſequitur Bachovius hic. vid. Gomez. 1. *reſol.* 10. *num.* 13. Graff. §. *inſtitutio. quæſt.* 22. *num.* 3.

TEXTUS.

De modis inſtituendi.

9. *Hæres & pure & ſub conditione inſtitui poteſt, ex certo tempore, aut ad certum tempus non poteſt: veluti:* poſt quinquennium, quam moriar; *vel*, ex calendis illis; *vel*, uſque ad Calendas illas hæres eſto. *Denique diem adjectum haberi pro ſupervacuo placet, & perinde eſſe, ac ſi pure hæres inſtitutus eſſet.*

NOTÆ.

9. *Sub conditione*) *V. C. Titius hæres eſto, ſi Mæviam uxorem duxerit.* Hic inſtitutio in pendenti eſt, & ſi quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac ſi pure facta eſſet inſtitutio: ſi conditio defecerit, inſtitutio evaneſcit, deferturque hæreditas ab inteſtato. *l.* 26. *de cond. inſt.* fac. *l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.) Ratio eſt, quia regula, quæ vetat eundem in paganis teſtato & inteſtato decedere, etiam in ſpatio temporis locum habet, *l.* 41. *de teſt.*

teſt.mil. l. 8. *C. eod.* ubi quod traditur, eſt ex prærogativa privilegii militaris. Ceſſat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, *l.* 75. *de cond.* & *dem.*

Uſque ad calendas) Occurrit hic etiam ſpecialis ratio, quia juri noſtro non convenit, temporalem hæredem habere, *l.* 7. §.10. *de minor.l.*88. *h.t.*

Commentarius.

1. *Captatoria inſtitutio qua veteribus dicta?*
2. *Suos hæredes omnes ſub alia conditione inſtitui non poſſe, quam qua in eorum ſit poteſtate.*
3. *Diem certum inſtitutioni adjectum, ſive ut terminum a quo, ſive ut terminum ad quem, pro ſupervacuo haberi.*
4. *Cur dies certus inſtitutioni adjectus, ut terminus a quo, non ſuſpendat inſtitutionem ſimiliter, ut adjecta conditio?*
5. *Moribus hodiernis hujuſmodi ſubtilitates inſuper haberi.*
6. *In teſtamentis diem omnem incertum conditionem facere.*
7. *An ſi cui bonorum omnium uſusfructus legatus ſit,* & *poſt mortem ejus alius hæres inſtitutus, legatum valeat?*

HIc ſe nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo hæredes inſtituendi, deque iis, quæ inſtitutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: ſed non omnia, quæ eo pertinent, Imp. tangit, contentus, quæ præcipua ſunt, de conditione & die adjectis quædam indicaſſe. Ante quorum explicationem monendi ſumus, ad formam inſtitutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iiſque idoneis, ut ex iis liquere poſſit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis ſive directis, an inflexis nihil referat, *l.*15. *C. de teſtam.* & *ibi DD.* Deinde ita fieri debere, ut de perſona hæredis certo conſtare poſſit, vel ex nomine, vel ex indubitabili ſigno: alioqui vitiari inſtitutionem, *l.*9.*in pr.* junct. §. *ſi quis.* 8. & *ſeq. l. in tempus.* 62. §. 1. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Item inutilem eſſe inſtitutionem, ſi teſtator non certo conſilio hæredem ſcribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum inſtitutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti, ſi quis dixerit, *Quos Titius voluerit, hæredes ſunto. l.illa inſtitutio.* 42. *l.ſi quis.* 68. *eod.* tum captatoria, 1
quæ fit captandæ alienæ hæreditatis cauſa, cum teſtator ſuam hæreditatem tanquam in hamo defert, ut allectet alienam: puta hoc modo, *Qua ex parte Titius me hæredem faciet, ex eadem mihi hæres eſto, l.captatorias.* 70.*cum l.ſeq.eod. l.captatoria.*64.*de legat.*1. cujuſmodi inſtitutiones etiam in teſtamentis militum improbantur, *l.* 11. *C. de teſt. mil.* Hoc autem modo concepta inſtitutio valet, *Qua ex parte Titius me hæredem fecit, ex eadem hæres eſto.* Quoniam in præteritum collata eſt, neque ad captandum, ſed ad remunerandum comparata, *l. illa autem.* 71. *l. Clemens.* 81. §. 1. *h. tit.* Sed noc inſtitutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d.l. captatorias.* 70.*eod.* Valent itaque haud dubie & mutuæ conjugum inſtitutiones. D. Tulden. *in C.de teſt. mil. n.*9. ubi obiter refellit Jo. Deckerum hanc ſententiam oppugnantem *lib.* 1. *diſſert.* 7. De captatoria inſtitutione eleganter Menoch. *conſil.* 408. Ant. Fab. *C. ſuo de hæred.inſt. defin.* 11. poſt Cujac.xvi. *obſ.* 11. Duar. *c.*3. *hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus. Vinn. Sed reliquorum omnium induſtriam ſuperavit Vir Illuſtris, Corn. van Bynkersh. *de captator. inſtit.* quæ diſſertatio inter reliqua ejus opuſcula habetur. Hein.

Sub conditione inſtitui poteſt) Conditio eſt adjectio, qua in futurum eventum, quod dari, aut fieri volumus, ſuſpenditur: eaque vel poſſibilis eſt, vel impoſſibilis. Impoſſibilis inutiliter inſtitutioni adjicitur & pro non ſcripta habetur, de qua mox: poſſibilis utiliter, ut ſuſpendatur interim inſtitutio, atque exiſtente conditione vires capiat, perindeque habeatur ac ſi pure facta eſſet; deficiente, evaneſcat, & hæreditas deferatur ab inteſtato. Solius perſona filiifam. excipitur, qui vetatur ſub alia conditione hæres inſtitui, quam quæ in illius poteſtate ſit, niſi ſub contraria conditione exhæredetur, ne ſi conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.*4.5.6. *l. jam dubitari.* 86. *hoc tit. l.* 15. *l. ult. de cond. inſt.* Tantundem nunc 2
dicendum de ceteris liberis, qui in poteſtate ſunt, & ſui hæredes, poſtquam hi omnes filiofam. exæquati, §.5. *ſup.tit.* Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus eſſe, ut ſi ſuus hæres in incertum eventum inſtitutus ſit, inſtitutio non vitietur, ſed poteſtate juris detrahatur conditio uſque ad portionem legitimam, quæ gravari prohibeatur ulla diſpoſitione moram aliudve onus afferente, *per l.quoniam.*42. *C. de inoff. teſtam.* Non enim animadvertunt agi iſto loco, non de liberis inſtitutis, ſed exhæredatis, quibus aliquid pro legitima relictum ſit. Nam Juſtinianus cum in *l.omni modo.* 30. & *l.ſeq.C.eod.* juſſiſſet ceſſare querelam inofficioſi, ſi quid liberis omnino relictum eſſet, ſupplerique, si minus relictum, quod legitimæ deeſt, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur, niſi aut tota legitima portio relicta eſſet, aut si minus, adjecta clauſula, ut si quid deeſſet, id boni viri arbitratu repleretur, in *d.l.quoniam* 42. Quæ mox ſequitur, ſuperiores ſanctiones temperat, eaſque ſic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam conſequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Noviſſime voluit & titulo inſtitutionis legitimam relinqui. *Nov.*115. *c.* 3. de quo plura *tit.*18.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non poteſt) Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore,* &*c.* quibus verbis tacite innuitur differentia temporis ſive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, ſed ad alterum tantummodo, certum ſcilicet, pertinere. Ita eſt: Dies aut eſt certus, aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus, cum certum eſt, & venturum eſſe, & quando venturus ſit. Hic dies bifariam inſtitutioni forte apponi poteſt; vel ut terminus a quo, veluti, *Poſt quinquennium quam moriar, hæres eſto*; vel ut terminus ad quem, veluti, *Uſque ad quinquennium hæres eſto.* Neutro autem modo apponitur utiliter. Et hoc eſt, quod Imp. ait, hære- 3

dem ex certo tempore vel ad certum tempus inſtitui non poſſe; non quod adjectione diei in totum vitietur inſtitutio, ſed quod dies, ut vitioſe adjectus, rejiciatur, & habeatur pro non ſcripto: ita enim ſe ſtatim explicat, cum ait, diem adjectum pro ſupervacuo haberi, & perinde eſſe, ac ſi pure inſtitutio facta ſit. Breviter Juriſconſultus, *l. hereditas 34. hoc tit. Hereditas*, inquit, *ex die vel ad diem non recte datur, ſed vitio temporis ſublato manet inſtitutio.* Quod dies tollitur, benevolentiæ eſt, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non ſublato ſubſiſtere nequeat inſtitutio; ex regula, qua vetatur, idem in paganis teſtato & inteſtato decedere, propoſita & a nobis expoſita. §. *hereditas 5. ſup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis ſpatium ea regula pertinet, *l. miles ita 41. in pr. de teſt. mil.* Peculiaris quoque ratio eſt, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri noſtro non convenit, temporalem hæredem habere, ſed is, qui ſemel hæres extitit, ſemper hæres maneat neceſſe eſt, *l. 7. §. ſed quod. 10. de minorib. l. ei qui 88. hoc tit.* De altero illo quæſierit aliquis, cur cum hæres ex certo die inſtituitur, non æque placeat ſuſpendi inſtitutionem, & antequam dies veniat, nullum interim hæredem eſſe, ac cum quis inſtituitur ſub conditione, & quid interſit, ita ſcribam, *Titius poſt quinquennium hæres eſto*, an, *Titius hæres eſto, ſi uxorem duxerit?* Hoc
4 intereſt: Conditionis ea eſt vis ac natura, ut actum omnem, cui adjicitur, juriſque effectum ſuſpendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, exiſtente perinde habeatur, ac ſi ab initio res ſine conditione geſta eſſet, *l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. in pign.* Proinde, cum hæres ſub conditione inſtitutus eſt, in pendenti eſt tota diſpoſitio teſtatoris, & ſiquidem defecerit conditio, nulla diſpoſitio facta intelligitur, ſtatimque defertur hæreditas ab inteſtato; ſi extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod ſub conditione diſpoſitum eſt, pure diſpoſitum intelligatur, *l. ſi pupillus. 26. de cond. inſtit.* Dies vero certus diverſæ naturæ eſt, primum in hoc, quod nunquam ſuſpendit vim aut effectum juris; tantum ad hoc utiliter rei alicui, veluti legato aut ſtipulationi, adjicitur; ut remoretur executionem, *§. 2. inf. de verb. obl. l. cedere diem. 213. de verb. ſign. l. 17. de reg. jur. l. ſi dies. 21. quand. dies legat.* Quod ſi ergo hæres ex certo tempore inſtitutus ante id tempus hæres eſſe impediatur, dies operabitur præter & contra ſuam naturam ſuſpenſo juris effectu, ideoque ſtatim potius admittendus, præſertim cum certum ſit, diem extiturum eſſe, quod ſecus eſt in conditione. Ita poſt Jacob. de Aret. Bart. & Bald. diſputat Gomez. 1. *reſol. 2. n.* 8. Deinde & in eo differentia eſt, quod dies non ita, ut conditio, exiſtens retrotrahi poteſt, hoc eſt, quod aditio poſt diem exiſtentem facta non poteſt conjungi & continuari cum tempore mortis teſtatoris, quam tamen continuationem jus requirit, *l. heres. 54. de acq. her. l. omnis 138. de reg. jur.* niſi toto intermedio tempore ſubducto: nam ſi id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non ſuſpendimus inſtitutionem, ut nullus interim hæres ſit; ſed cauſæ inteſtati interim locum facimus: quod juris ra-
5 tio non patitur. Noſtri & Gallorum mores hujuſmodi ſubtilitates averſantur: ſed ubi receptum eſt, ut unicuique pro portione bonorum & teſtato & inteſtato decedere liceat, ita & ad tempus quiſque hæredem facere poteſt, & ex certo tempore, ut aut poſt tempus, aut antequam dies veniat, inteſtati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum ſolummodo ex privilegio obtinebat in teſtamentis militum, *l. 15. §. 4. l. milit. 41. in pr. de teſt. mil.* vid. notat. ſub §. *hæreditas. 5. ſup. eod.* Hæc dicta ſunto de die certo. Dies incertus aut prorſus & ſimpliciter talis eſt, cum ſcilicet neutrum horum apparet, nec an venturus ſit, nec quando; veluti ſi ita teſtator dixerit, *Titius hæres eſto, cum conſulatum inierit; cum uxorem duxerit,* aut ſecundum quid, cum alterutrum incertum eſt, & vel ignoratur, an venturus ſit duntaxat? veluti ſi ita ſcriptum ſit: *Titius cum erit annorum quatuordecim, hæres eſto:* vel tantum, quando venturus ſit? qualis 6
eſt dies mortis cujuſque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in teſtamento facit, l. dies. 75. de cond. & dem.* cujus definitionis hæc ſententia eſt, ut conditio teſtamento adjecta non detrahitur, ſed ſuſpendit diſpoſitionem, ita & dies incertus; atque ut exiſtente demum conditione vires accipit diſpoſitio, ita & exiſtente demum die incerto. Et ſiquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus ſit, & quando? vel etiam unum illud, an ſit venturus? dubium non eſt, quin hujuſmodi dies pro conditione ſit, *l. ſi dies. 21. & l. ſeq. quand. dies leg.* At ſi certum ſit extiturum eſſe, ignoretur autem quando, hic referre puto, utrum dies appoſitus ſit extraneo, an ipſi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres eſto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione eſſe; quia fieri poteſt, ut hæres ſcriptus ante Sempronium moriatur: quo argumento tale legatum conditionale eſſe defenditur, *Hæres meus, cum morietur, Titio decem dato, l. 1. §. 2. de cond. & dem. l. 4. in pr. quand. dies leg.* Si vero ipſi hæredi adſcriptus ſit, veluti, *Titius, cum morietur, hæres eſto*, non puto conditionem facere: quia nec ſi legatario adſcribatur, facit, *d. l. 4. §. 1. l. hæres meus. 79. in pr. de cond. & dem.* & ideo inſtitutioni adjectum quaſi diem certum, qui vivente adhuc hærede omnimodo extiturus ſit, detrahendum eſſe, inſtitutionemque pro pura habendam: quæ & communis interpp. ſententia eſt in *l. 9. C. hoc tit.* teſte Gomez. 1. *reſol. 2. n.* 11. Illud aperte falſum eſt, quod hoc loco ſcribit Bachovius, tale legatum: *Titio, cum morietur, decem do, lego*, conditionale eſſe, contra textus expreſſos in *d. l. hæres meus. 79. de cond. & dem. & in d. l. 4. §. 1. quand. dies leg. cit.* Singularis caſus inſtitutionis ex die incerto eſt, cum quis inſtituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. in tempus. 62. h. t.* qui tamen caſus a doctioribus omnibus reſtringitur ad eos, qui non ſimpliciter incapaces ſunt, ſed ſecundum quid, quales ſunt orbi, cælibes; quos procul dubio hæredes inſtituere licet, cum liberos ſuſceperint, cum uxores duxerint. Angelo abſurdum non videtur, etiam deportatum ſic inſtitui, cum reſtitutus erit. Utique recte idem Angelus reſponſum illud Juriſconſulti in *d. l. in tempus. 62.* ſic temperandum exiſtimat, ut locum habeat, cum incapacitas eſt ex parte inſtituti duntaxat, non etiam ſimul ex parte teſtatoris: nam ſpurium hoc modo; *cum*

ca-

7 capere poterit, a patre inſtitui non poſſe. De illo quæſitum eſt, ſi, verbi gratia, uxori bonorum omnium uſusfructus legatus ſit, & poſt mortem ejus Titius hæres inſtitutus, an legatum valeat? Et multis viſum eſt, tale legatum eſſe inutile; quoniam dies uſusfructus legati non prius cedit, quam hæreditas adita ſit, *l.un. §.2. quand. dies uſufr. leg.ced. l.2. & 3. quand. dies legat. l.un. §. libertatibus. 6. C. de cad. toll.* in propoſito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione eſt; nec poteſt confirmari legatum uſusfructus adita poſt mortem uxoris hæreditate, quia uſusfructus morte extinguitur. Pluribus tamen viſum eſt valere, quibus aſſentior. Etenim in caſu propoſito inſtitutio hæredis conditionalis non eſt, ſed pure in proprietate facta ex mente teſtatoris intelligi debet, utpote qui legatum pure deberi voluit, nec credendus eſt elegiſſe viam, per quam diſpoſitio ejus evertatur, contra *l. Gallus. 29. §.1. de lib. & poſt. l.3. de teſt. mil.* Poterit itaque hæres inſtitutus ſtatim hæreditatem adire eamque tranſmittere, quia mortis tempus adjectum non eſt ad infringendam inſtitutionem, ſed ne hæres interim turbet uxorem in uſufructu. Quid ſi hæres inſtitutus adire vivente uxore nolit? Poſſe eam in caſu propoſito de facto uti & frui, Baldus reſpondit in *l. extraneum. 9. C. hoc tit.* ſed tutius eſt, ut judicis officium ſuper hoc imploret, vid. Covar. 11. *var. reſ. 2. num. 5.* Gail. 11. *obſ.* 143. *n.2.* Graſſ. §. *legatum q.23. n.2.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 1v. tit. 5. num. 22.* Jo. del Caſtill. *tract. de uſufruct. cap. 8. num. 23. & ſeq.* D. Jac. Coren. *conſil.* 15.

Textus.

De conditione impoſſibili.

10. *Impoſſibilis conditio in inſtitutionibus & legatis, nec non in fideicommiſſis, & libertatibus, pro non ſcripta habetur.*

Notæ.

10. *Impoſſibilis conditio*) Cui ſimilis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l.14. & ſeq. de cond. inſt.* perplexa tamen, *ἄπορος* vitiat inſtitutionem, *l. 16. eod.* Vinn. Aſt proprie conditio impoſſibilis non eſt, quia actum non ſuſpendit ab incerto eventu: immo potius eventus eſt certiſſimus. Hein.

Commentarius.

1. *Conditionem ἄπορον, aut difficilem propter perſona, cui appoſita eſt, qualitatem, &c. pro impoſſibili non haberi.*
2. *Ultimas voluntates appoſitione conditionis impoſſibilis non vitiari; conventiones contra & cur tam varie.*
3. *Diſpoſitionem hujus §. auctore Grotio, non convenire moribus noſtris.*
4. *Conditioni impoſſibili ſimilem eſſe eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non ſcripta haberi in ultimis voluntatibus.*

Impoſſibilis conditio eſt, definitore Juſtiniano, cui natura impedimento eſt, quominus exiſtat; veluti, *ſi digito cælum tetigeris*, *§. ſi impoſſibilis. 11. inf. de inut. ſtip.* Sed & quæ facta natura & per ſe poſſibilia ſunt, poſſunt caſu aut adjectione temporis fieri impoſſibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, ſunt *δυνατά.* at exigere pecuniam a ſe, monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, *ἀδύνατα.* Sive autem per ſe conditio impoſſibilis ſit, ſive propter circumſtantiam aliquam, hoc jure utimur, ut ſub tali conditione facta inſtitutio non vitietur, ſed evaneſcat conditio, & pro non ſcripta habeatur, *l.1. l.6. l. mulier. 20. de cond. inſt.* niſi forte con-
1 ditio ſit *ἄπορος*, ſive talis, quæ efficiat, ut ipſa inſtitutio impoſſibilis, aut potius perplexa atque inexplicabilis ſit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat; cujuſmodi conditio inſtitutionem vitiat, *l. ſi Titius. 16. de cond. inſt.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommiſſo conditio impoſſibilis pro non ſcripta eſt, *l.12. §. 1. l. ab omnibus. 104. §.1. de legat. 1. l.5. §. 4. quand. dies leg.* generaliter enim quicquid in teſtamento ſcriptum impoſſibile eſt, placet nullam vim habere. *l. ſi Mævia. 45. hoc tit. l.3. de cond. & dem.* Plane conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter perſonæ, cui appoſita eſt, qualitatem aliamve cauſam videatur impoſſibilis, ſed niſi conditioni pareatur, relictum in teſtamento non capitur. Finge libertatem ſervo relictam hac conditione, *ſi hæredi millies dederit.* Hic non detrahetur conditio, ſed inutilis erit datio libertatis, ut reſponſum eſt a Paulo, *l.4. §.1. de ſtatu lib.* Idem juris eſt, ſi in tam longum tempus conditio collata ſit, ut eo tempore is, cui libertas datur, vivere vix poſſit; veluti ſi ſervo quatuor annos nato libertas detur cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya
2 *lib. 11. obſ. jur. cap. 11.* Alio autem jure utimur in ſtipulationibus & conventionibus; quippe quæ nullius momenti ſunt, & in totum vitiantur appoſita conditione impoſſibili, *§. ſi impoſſibilis. 11. infr. de inut. ſtip. l.7. de verb. obl. l. non ſolum. 31. de obl. & act.* ubi etiam diverſi juris indicatur ratio; nimirum quia manifeſtum eſt, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam ſciant eſſe impoſſibilem, non eſſe hoc animo, ut ſe aut alios ſibi obligent, ſed jocari, ludere omnino ea cogitatione eſſe, ut nihil agi exiſtiment. At teſtatorem in ordinatione ſupremæ voluntatis, in re tam ſeria & cogitatione mortalitatis, ſerio agere, non ludere voluiſſe, quod in ſpeciem impietatis cadit, credendum eſt, ſed mendum potius ei excidiſſe, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur, & tollitur a lege, ne id hæredi fraudi ſit, cui nihil imputari poteſt, neve alia bene recteque conſtituta evertantur, *arg. l. 1. de cond. inſt.* Vinn. Hinc plane hæc juris principia deſerit Pontifex, qui conditiones impoſſibiles adjectas ſponſalibus pro non adjectis haberi jubet, niſi ſint contra matrimonii ſubſtantiam *cap. fin. x. de cond. adpoſ. in deſponſat.* Quaſi nihil interſit, ſive alter mihi ignoranti conditionem impoſſibilem injunxerit, ſive ipſe in illam conſenſerim; quod fit in pactionibus & contractibus.
3 Hein. D. Grotio videtur, hanc interpretationem minus

nus convenire moribus noſtris: nam cum in his regionibus omnem ſupremam diſpoſitionem interpretemur ſecundum id, quod propius vero eſt ſenſiſſe teſtatorem, nobis hujuſmodi inſtitutionem potius pro ridicula & nulla habendam eſſe, ut etiam ipſi Romani in ceteris cauſis id intellexerunt, dempta ul-
4 tima voluntate. Impoſſibili conditioni ſimilis eſt conditio turpis, quam interpretes vulgo ut ſpeciem impoſſibili ſubjiciunt, & appellant impoſſibilem de jure. Ea eſt, quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, bonis legibus aut moribus. Nam, ut bene & pie Papinianus noſter in *l. filius* 15. *de cond. inſt.* *Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos poſſe credendum eſt.* Et ideo etiam, ſi quid ejuſmodi teſtamento inſertum ſit, id perinde ac ſi quid impoſſibile adſcriptum eſſet, placet pro non ſcripto haberi, *l. conditiones* 14. *de cond. inſt.* veluti, *Si ab hoſtibus patrem ſuum non redemerit; Si parentibus patronove ſuo alimenta non præſtiterit.* Paulus ſcribit, hujuſmodi conditiones remittendas eſſe, *l.* 9. *d. tit.* quod effectu juris eodem recidit: capitur enim ſemper hæreditas, legatumve perinde, ac ſi adjectæ non eſſent. Plane filius, qui in poteſtate eſt, ſub tali conditione hæres ſcriptus, teſtamentum patris infirmat, ac ſi conditio non eſſet in ejus poteſtate, *d. l.* 15. *eod.* quod etiam ad ceteros ſuos hæredes nunc transferendum eſt, per ea, quæ *ſup.* §. *præc.* Pacta quoque & ſtipulationes turpi conditione appoſita nullius momenti ſunt, ut juris eſſe diximus, cum his apponitur conditio impoſſibilis de facto. *l. generaliter* 26. *l. ſtipulatio.* 61. *de verb. obl. l.* 4. *C. de inut. ſtip.*

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſunt, ſiquidem conjunctim, ut puta,* ſi illud & illud factum fuerit, *omnibus parendum eſt: ſi ſeparatim, veluti,* ſi illud, aut illud factum erit, *cuilibet conditioni obtemperare ſatis eſt.*

COMMENTARIUS.

Docent nos dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras eſſe oportere: ſi ea vera eſſe ponatur: totam autem falſam eſſe, ſi vel una pars falſa ſit: cui conveniens eſt, quod hic ſcribit Juſtinianus, ſi plures conditiones conjunctim inſtitutioni adſcriptæ ſint, omnibus parendum eſſe, ut ſcilicet verificetur tota enunciatio, & inſtitutio purificetur; quod & Paulus tradidit *l.* 5. *de cond. inſt.* & Scævola de ſtipulatione eodem modo concepta, *l. ſi quis* 129. *de verb. obl.* Ait; *omnibus parendum eſt.* Parere, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus, & proprie hæ enunciantur de ea conditione, quæ poſita eſt in noſtra poteſtate, quam quoties volumus, implere poſſumus, nonnunquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ poſitæ ſunt in eventu, ut *in l.* 2. *de cond. & dem.* & ſi quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adſcriptis, omnibus parendum eſſe, etiam ad plures conditiones, quæ ex caſu pendent, copulatas pertinere, ſciendum eſt, nec ſufficere ad delationem hæreditatis, unam extitiſſe aut impleri, ſed omnium impletionem expectandam, quippe cum non minus in hanc ſpeciem, quam in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utrique ex æquo conveniat ratio Pauli in *d. l.* 5. *de cond. inſt.* quod plures conditiones conjunctim ſcriptæ unius loco habeantur: ideoque merito a reliquis interpretibus notatus eſt Accurſius, quod putaverit, ex pluribus conditionibus cauſalibus conjunctim appoſitis ſufficere extitiſſe unam: *arg. l. ſi plures.* 17. *eod. tit.* quæ huc non pertinet, ſed loquitur de pluribus inſtitutionibus factis ſub diverſis conditionibus, repetita ſcil. ejuſdem inſtitutione in diverſa parte teſtamenti, D. Vigl. *hic.*

Si ſeparatim, cuilibet, &c.) *d. l.* 5. *de cond. inſt. d. l. ſi quis* 129. *de verb. obl.* & ratio eſt, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta eſt; unde regula juris Pontificii, *In alternativis ſufficit alterum adimpleri. reg.* 70. *in* 6. Cujacius legit *cui libet.* voce divulſa, id eſt, cui placet, Theoph. οἷ ἂν βούλεται. Illud addo, ex caſu pendentes conditiones omnimodo impleri oportere: quæ autem in poteſtatem noſtram conferuntur, etiam tunc pro impletis haberi, cum per alium ſtat, quominus impleantur; veluti ſi quis ita inſtitutus ſit, *Si Sejam uxorem duxerit,* & ea nolit nubere. *l.* 5. §. *item ſi* 5. *quand. dies leg. l. jure* 24. *de cond. & dem. l. in jure* 161. *de reg. jur.* & ibi doctiſſime Pet. Fab.

TEXTUS.

De his, quos unquam teſtator vidit.

12. *Ii, quos nunquam teſtator vidit, hæredes inſtitui poſſunt; veluti ſi fratris filios peregrinantes, ignorans, qui eſſent, hæredes inſtituerit. Ignorantia enim teſtantis inutilem inſtitutionem non facit.*

COMMENTARIUS.

1. *Moribus multorum locorum nunc ad ſubſtantiam teſtamenti hæredis inſtitutionem non deſiderari: quibuſdam in locis ne locum quidem habere.*

Etiam qui nobis ignoti ſunt, hæredes a nobis inſtitui poſſunt, modo ne ex alio capite ſint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum.* 9. *C. hoc tit. l. quidam* 46. *eod.* Poterat duplex hic eſſe dubitandi cauſa, tum quod certum eſſe debet conſilium teſtatoris, certaque perſona inſtituti, Ulp. *tit.* 22. §. 3. tum quod eos fere hæredes inſtituere ſolemus, quorum merita affectionem noſtram provocaverunt, *l.* 9. *pro ſoc.* Verum enimvero ubi teſtatoris voluntas in perſonam aliquam certam deſtinata eſt; incertum ejus conſilium incertave inſtituti perſona dici nequit; licet circa accidentia perſonæ, puta nomen, faciem, incertitudo ſit: & poteſt quis etiam erga ignotum ita affe-

affectus eſſe, ut optime ei velit, vel propter ſanguinis neceſſitudinem, ut in exemplo propoſito, vel propter famam virtutis eruditioniſve.

Peregrinantes) Peregrini, non peregrinantes, hæredes inſtitui vetantur. *l.1. C. hoc tit.* Notiſſima autem eſt inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure conſtituerunt, ne quiſquam, qui civis non ſit, jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc eſt, peregre degunt, extra patriam ſuam in peregrinis regionibus verſantur, ſtudiorum forte aut quæſtus gratia, vel ut diverſos hominum mores cognoſcant, urbeſve videant opulentas, cum hi cives eſſe non deſinant, nulla ratio eſt, cur non a ſuis domi hæredes inſtitui poſſint, licet de facie teſtatori noti non ſint. Cujacius legit *peregri natos*, dictione diviſa; quomodo in omnibus quoque libris manuſcriptis legi teſtatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit: aitque, cum iſta lectione conſentire & Theophilum: quo tamen nomine reprehenditur a Bachovio, quaſi lectori imponat, cum etiam Theophilus habeat: επι ξενης διαγοντα. Verum ſi bona fide agit Bachovius, neceſſe eſt, valde oſcitanter Theophilum ab eo inſpectum eſſe: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipſum επι ξενης διαγοντα hæredem inſtitutum, ſed liberos ex fratre cum peregre ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut 1
moribus nunc ita comparatum eſt, ut hæredis inſtitutio ad ſubſtantiam teſtamenti non videatur neceſſaria, quo ſenſu hodie teſtamenta appellamus: nam & id teſtamentum dicitur, in quo relictis tantum legatis nulla hæredis inſtitutio facta eſt. Joan. del Caſtillo Sotomayor *tract. de uſufr. c.60.* Quin etiam ſecundum quarundam civitatum leges ne locum quidem in teſtamentis habet hæredis inſtitutio. Sic enim dictant leges Pariſienſium, Aurelianenſium, Gandavenſium, Corttacenſium, &c. quod tamen ita paſſim accipitur, ut, ſi hæres inſtitutus ſit, pro legatario tantum is habeatur. D.Gudelin.*lib.11. de jur. Nov. c.5.* D. Chriſtin. *vol.1.deciſ.247.num.8. & deciſ.305.num.17. & ſeqq.*

Titulus Decimusquintus.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib.28. Tit.6. C. Lib.6. Tit..25.& 36.

1. *Ratio ordinis, ſimul quam varie verbum ſubſtitutionis a noſtris uſurpetur.*
2. *Diviſio ſubſtitutionis in directam & fideicommiſſariam; ac utriuſque ſpecici explicatio.*
3. *Nomine ſubſtitutionis ſimpliciter poſito intelligi directam: quæ & perfectius definitur.*
4. *Vulgatæ diviſiones ſubſtitutionis notantur: oſtenditurque commodiſſime eam dividi in duo genera duntaxat.*
5. *Summa eorum, quæ hoc tit. explicantur.*

1 POſtquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad teſtamenta recte ordinanda & hæredum inſtitutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus diſputaret, quibus modis teſtamenta recte ab initio ordinata poſtea infirmentur: ceterum cum teſtatori permiſſum ſit non tantum hæredem teſtamento inſtituere, ſed etiam in locum deficientis hæredis inſtituti alios hæredes ſubſtituere, ut primo gradu deficiente ſaltem ex ſecundo hæredem teſtamentarium habeat; nonnunquam & cum ſibi fecit, ſimul alii teſtamentum & hæredem facere, hanc partem, quæ ſubſtitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere ſit ſubſtitutio, vix commode una generali definitione explicari poteſt: utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum loquuntur de inſtitutione ſecundi hæredis, verum etiam cum de ſecunda datione legati. *l.6. C. de legat.* item cum agunt de fideicommiſſis tum hæreditatis tam rerum ſingularum, ut videre eſt *in l.cohæredi. 41. §.1. hoc tit. de vulg. & pup. l. cum proponebatur. 64. l. cum pater. 77. §. pen. l. Titio 87. §. 2. de legat. 2. l. hæredes. 57. §. 1. & 2. ad Sen. Treb. l. 14. C. de fideic. l. 6. C. de inſt. & ſubſt.* Atque hinc vulgo ſubſtitutio di- 2
viditur in directam & fideicommiſſariam. Directa eſt, quæ fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi ſubſtituendo, veluti, *Titius hæres eſto: ſi Titius hæres non erit, Sejus hæres eſto*: vel legatarium legatario; veluti; *Titio fundum Cornelianum do, lego: Si Titius fundum, quam ei legavi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, lego. l. ut hæredibus. 50. de legat.2.* Nam hæc quoque directa ſubſtitutio eſt, & ideo legatum agnoſcente primo legatario evaneſcit, *l.6. C. de legat.* Fideicommiſſaria eſt, quæ fit verbis precariis, cum ſcilicet teſtator, vel hæredem inſtitutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri reſtituat; vel legatarium, aut fideicommiſſarium, ut reſtituant, quod iis relictum eſt. Fideicommiſſariæ ſubſtitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis iſtis omnibus, quos modo allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ, *in l.7. l.15. hoc tit. l. 5. l. 7. C. de impub. & al. ſubſt. l.14. C. de fideicom. §. pen. inſ. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc diviſionem ut perfectam, accipiatur ſaltem ut generis προς τι, & eo pertineat, ut varium vocis uſum, quem in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum eſt, nomen ſubſtitutio- 3
nis ſimpliciter poſitum in uſu juris (ſive proprie ſive per excellentiam) ſolam denotare ſubſtitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi ſubſtituitur; unde paſſim videmus, ſubſtitutionem opponi fideicommiſſis, *l.6. §. Titius. 5. ad Sen. Treb. l. tutores. 39. §. 3. de adm. tut. l. cum pater. 77. §. volo 13. de legat.2.* cum ſimilib. quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc ſatis longe remotum occupavit cir-

ca finem hujus libri: *in Pand. lib.36.* cum de ſubſtitutionibus agatur *lib.28.* Igitur quod ad propoſitum attinet, ſi quæratur quid ſit ſubſtitutio, ea ſic licet definiatur: Subſtitutio eſt ſecundo vel ulteriore gradu facta inſtitutio: vel brevius & ſimplicius, eſt ſecundi hæredis inſtitutio, *l.1. l. ex facto 43. §. Lucius 2. in fin. hoc tit.* Nam omnem ſubſtitutum veteres ſecundum hæredem vocant, licet longa ſerie ſubſtitutio facta ſit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove ſcriptus reperiatur; habito ſcilicet reſpectu non ad ordinem ſcripturæ, ſed ſucceſſionis: & quia omnis ſubſtitutus collatus cum eo, cui ſubſtituitur, & ex cujus perſonæ relatione nomen ſubſtituti accipit, ſemper ſecundus eſt. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis inſtitutio, quæ fit poſt primam, & in locum primi hæredis deficientis recte dicatur ſecunda, quemadmodum ſecundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur poſt primas. VINN. Non uſque quaque vera eſt hæc Vinnii obſervatio. Qui enim ſubſtituti ſubſtitutis, ii ſubinde vocati hæredes tertii, quarti, quinti, non ſecundi. Hinc *tertiorum hæredum* meminit Sueton. in *Claud. cap.6.* HEIN. Species ſubſtitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendioſam. Exemplarem vocant ſubſtitutionem mente capti; breviloquam, quam alii melius reciprocam, cum hæredes inſtituti invicem ſubſtituuntur: compendioſam, quæ verborum hoc compendio. *Quandocunque deceſſerit* comprehendit plures ſubſtitutionum ſpecies, plures caſus & tempora, veluti ſi pater ad eum modum ſubſtituerit filio impuberi continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & ſi forte filius mente captus ſit, etiam exemplaris: poſtremo militaris quoque privilegiata, ſi miles ſit, qui ſubſtituit, Gomez. 1. *reſol.7. & 8.* Graſſ. §. *ſubſtitutio. q. 3. q. 51. & multis ſeqq.* Sichard. *in l.8. C. hoc tit.* Ant. Merend. IV. *cont. 6.* Duarenus autem ad hunc *tit. c.3.* & Soar. ad Gomez. 1. *reſol.3.* ponunt haſce quatuor, vulgarem, pupillarem, quaſi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendioſa, ut modis ſubſtituendi, non ſpeciebus ſubſtitutionis. Longe rectius noſtro quidem judicio Vigl. Mynſ. Hotom. *hic.* Donell. VI. *com.23.* duas duntaxat ſpecies ſtatuunt; vulgarem & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes ſubſtituendi referunt, & ſpecies revocant. Etenim ſi genera ſubſtitutionum a caſuum differentiis diſtinguenda ſunt, plura poni non debent, quam duo; ſicut nec plures ſunt caſus, in quos fit ſubſtitutio, quam hi duo, unus, ſi inſtitutus hæres non erit, qui caſus primus dicitur, & eſt conditio vulgaris ſubſtitutionis, alter, ſi hæres erit, qui ſecundus, & proprius pupillaris, *l.4. l. Lucius.25. h.t. l.8. C. eod.* poteſtque ſubſtitutio exemplaris, quam vocant, *αναλογως* referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quaſi pupillaris, de qua agitur §. 1. *tit. ſeq.* Compendioſa & reciproca diverſas ſubſtituendi formulas denotant, conceptas ſemper in primum vel ſecundum aut utrumque caſum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in ſecundum quoque caſum directo ſubſtituere poteſt, abnorme atque ex privilegio eſt: neque ob id neceſſe eſt ſeparatam ſpeciem conſtituere. Ceterum nec hæc ipſa bipartita diviſio alia eſt, quam generis homonymi: quippe ſola vulgaris ſubſtitutio proprie ſubſtitutio eſt, pupillaris non tam ſubſtitutio, quam inſtitutio prima, utpote per quam ſubſtitutus non teſtatori ſuccedit & gradu ſecundo, ſed pupillo & gradu primo tanquam ab ipſo primo loco inſtitutus. Ant. Merend. IV. *contr. 6. n. 12. & 13.* Obtinuit tamen ut & hæc diceretur ſubſtitutio, quia ſecundo loco fieri debet poſt inſtitutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l. 2. in fin. h.t.* ſive quia ſubſtitutio impuberis pars eſt & ſequela teſtamenti paterni, *§. liberis. 5. tit. ſeq.* Hæc ſtudioſis juris præmonſtrare operæ duxi, ne doctorum ſcripta adeuntes in veſtibulo hærerent aut offenderent. Præſenti in titulo agitur de ſubſtitutione vulgari, paucis ſane & parce pro materiæ amplitudine & ſubtilitate. Proponuntur primo formulæ ſive modi aliquot vulgariter ſubſtituendi; poſt aliquid aſpergitur de effectu, ut ſciamus quas in partes, nullis ſubſtitutioni adſcriptis, ſubſtituti vocari intelligantur, & quatenus extendenda ſubſtitutio. Dicitur vulgaris a vulgari & uſitato ſubſtituendi modo, vel quia vulgo & promiſcue omnibus hæredibus a quovis teſtatore fieri poteſt. Quid ea ſit, jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur expoſito caſu & vi conditionis hujus ſubſtitutionis propriæ.

TEXTUS.

De pluribus gradibus hæredum.

Poteſt autem quis in teſtamento ſuo plures gradus hæredum facere, ut puta, ſi ille hæres non erit, ille hæres eſto. *Et deinceps, in quantum velit teſtator, ſubſtituere poteſt: ut noviſſimo loco in ſubſidium vel ſervum neceſſarium hæredem inſtituere poſſit.*

NOTÆ.

Subſtitutione) Subſtitutio eſt ſecundi vel ulterioris hæredis inſtitutio, *l. 1. hoc tit.* Eſt autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis a quovis teſtatore fieri poteſt in hunc caſum, ſi priore gradu inſtitutus hæres non erat: altera pupillaris, quæ a parentibus fit liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, in caſum contrarium, ſi filius inſtitutus hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit: ad quam ſpeciem *αναλογως* referri poteſt & illa mente capti, de qua §. 1. *tit. ſeq.* fideicommiſſariæ ſubſtitutiones huc non pertinent, de quib. *inf. tit.23.*

Noviſſimo loco in ſubſidium) Defunctorum intereſt, ut habeant ſucceſſores, *l.6. de interr. in jur. fac.*

COMMENTARIUS.

1. *Subſtitutionem in codicillis factam ſuſtineri in vim fideicommiſſi.*
2. *Gradus hæredum non ex ſcriptura ordine, ſed ex ſucceſſionis ſerie, quam teſtator fecit æſtimari.*
3. *Conditionem hanc, ſi hæres non erit, continere & caſum impotentiæ & voluntatis: & an uno horum expreſſo, contineatur & alter?*

4. Con-

4. *Conditionem*, ſi hæres non erit, *diverſimode accipi pro diverſa qualitate heredum & perſona inſtituti.*

5. *Suum heredem, accepto vulgariter ſubſtituto, ex neceſſario fieri voluntarium, ſalva tamen qualitate ſui heredis.*

6. *Subſtitutionem vulgarem in ſuo herede non operari in caſum impotentiæ, ſed noluntatis & abſtinentiæ.*

In *teſtamento*) Recte *in teſtamento*, ut & Marcian. *l. poteſt.* 38. *eod.* unde hæc deſcripta: nam in codicillis, ut inſtitui hæres non poteſt, ita nec ſubſtitui; ſiquidem & ſubſtitutio inſtitutio eſt, & utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet. §.
1 *pen inf. de codicill. l. quod per manus* 10. *de jur. cod.* Sciendum tamen eſt, etſi ſubſtitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione ſuſtineri in vim fideicommiſſi, quaſi hæredes legitimi rogati videantur, hæreditatem ſubſtituto reſtituere. Sententia communis & uſu recepta non Doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, *l. Scævola.* 76. *ad Sen. Treb. l. illud.* 13. §. 1. *de jur. cod. l. ult.* §. 1. *C. eod.* Atque hanc tandem etiam, cum in contrarium multa diſputaſſet, amplectitur D. Viglius; & pro axiomate quodam eſſe jubet, multarum quæſtionum arbitro.

Plures gradus heredum) Hoc eſt, plures hæredum ordines, ut alii ſcribantur primo, alii ſecundo, alii loco tertio, & ita deinceps, *l. 2. §. defertur.* 4. *de bon.*
2 *poſſ. ſec. tab.* In qua dinumeratione non ſcripturæ ordo, ſed ſucceſſionis ſpectari debet: ut ecce, in hac formula, *Titius heres eſto, ſi Seius heres non erit, Seius heres eſto.* Sejus, qui ordine ſcripturæ ſecundus eſt, gradu & ordine delatæ hæreditatis eſt primus, Titius ſecundus, ac proinde ſubſtitutus. *l. ſi ita.* 28. *de her. inſt. l. 2. §. pen. & ult. hoc tit.* Nec vero etiam cohæredis adjectio gradum facit, ſed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideo ſimul ad ſucceſſionem ex teſtamento admittuntur, quemadmodum ad ſucceſſionem ab inteſtato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis ſunt. Ubi autem gradus a teſtatore facti ſunt: tum ſcripti impediuntur ſimul hæredes eſſe, *l. cum in teſtamento.* 37. *de her. inſtit.* nec ſubſtituto locus eſt, quamdiu admitti poteſt prior hæres inſtitutus, *l. 3. l. quamdiu.* 69. *de acq. her.* idque omnino poſtulat ordo graduum pro affectu erga hæredes a teſtatore deſcriptus, apud quem ut priore amoris gradu inſtitutos eſſe apparet, quam ſubſtitutos, ita dubium non eſt, quin ad illos malit, quam ad hos hæreditatem ſuam pervenire.

Si heres non erit) Hic caſus primus dicitur & eſt conditio vulgaris ſubſtitutionis propria. Non ſemper autem hic caſus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco: ſed ſæpe uno verbo ſubſtituendi ſignificatur, ut ſi teſtator ita dicat, *Titio Mævium ſubſtituo*; aut pluri-
3 bus inſtitutis ita: *eoſque invicem ſubſtituo.* Caſus autem iſte, *Si heres non erit*, generalis eſt, continens in ſe & caſum noluntatis, ut loquuntur, *ſi heres eſſe nolit*: & impotentiæ, *ſi non potuerit heres eſſe fac. l. ſi quis.* 56. *ſol. matrim.* Uterque caſus ſpeciatim exprimitur *l. 3. C. de her. inſtit.* Sub caſu impotentiæ iterum ſunt inferiores & veluti ſpecies infimæ, veluti, *ſi mortuus ſit, ſi deportatus.* Quorum omnium cum ſit diverſa ratio, non facile admittendum eſt, quod ex communi DD. ſententia Gomez. 1. *var. reſol.* 3. *n.* 10. refert & probat, uno caſu ſpeciali expreſſo, aut noluntatis duntaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione ſupplendum eſſe; & perinde habendum ac ſi uterque expreſſus eſſet: & manifeſte obſtat huic ſententiæ *l.* 10. *de lib. & poſt.* Sane non dixerim, eum, qui expreſſe & specialiter substitutus est in caſum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam ſubstitutum in caſum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani caſus mortis per interpretationem producitur ad caſum deportationis & ſimilium: mirum non est, quoniam omnium ex ſententia Galli eadem ratio eſt. *l. Gallus.* 29. §. *& quid ſi.* 5. *d. tit.* Idemque reſponderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet caſum primum ſeu vulgarem expreſſum extendi etiam ad alterum ſeu pupillarem non expreſſum; & contra: nimirum ſumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *tit. ſeq.* quanquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quam ſpecialis constitutio D. Marci *l. 4. hoc tit.* add. Cujac *ad d. l. 10. de lib. & poſt.* Duar. *c. 9. hoc tit.* Porro conditio 4
hæc: *Si heres non erit*, pro diverſa qualitate hæredum perſonæque inſtituti & ipſa diverſimode accipitur. In extraneo hærede, qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hæreditatem acquiſierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejuſdem qualitatis hærede, qui alieno juri ſubjectus est, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in poteſtate eſt, acquiſierit, §. *ult. inf. eod.* ubi hac de re latius atque ex profeſſo. In ſuo hærede eadem formula hoc ſignificat, ſi ſe paterna hæreditate abſtinuerit, ſi cum effectu hæres non extiterit, eo quod ſe bonis paternis immiſcere noluerit. Nam etſi ſuus hæres ipſo jure hæres exiſtit, & ideo non eſſe ſine hærede dicitur, qui ſuum hæredem, licet ſe abſtinentem, habet, *l. cum quaſi* 30. §. *ſed & ſi.* 10. *de fideic. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in ſpecie *l. ult. de acq. her.* tamen cum de excludendo ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum. *Si filius mihi heres non erit*, ex voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur & approbat, non nuda iſta exiſtentia, ſed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda eſt; alioqui ne ſubſtitui quidem filio in iſtum caſum poſſet: nam ſi nullo modo efficere filius poteſt, ut non ſit hæres, fruſtra ei ſubſtitutus datur in eum caſum, quo hæres non ſit, quo procul dubio continetur etiam caſus noluntatis. Ac dicen- 5
dum omnino videtur ſuum hæredem, qui in vulgarem caſum ſubſtitutum accepit, ex neceſſario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipſius juris civilis, quo ſcilicet patri permiſſum neceſſitatem iſtam, ut in ſuum ſolius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remiſiſſe intelligatur, dato filio in vulgarem caſum ſubſtituto, ut quod alias filius non habuiſſet, niſi jure prætorio, abſtinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili: per *l. 12. de cond. inſt. l. jam dubitari.* 86. *de her. inſt.* Doctores vulgo concedunt, per vulgarem ſubſtitutionem in totum tolli jus ſuitatis, *arg. d. l. 12. & l. 16. de lib. & poſt* Graſſ. §. *ſubſtitutio quæſt.* 9. *num.* 3. ſed hoc nullo modo admit-

mitti poteſt: alioqui nec in pupillari ſubſtitutione expreſſa unquam ineſſe poſſet vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & tranſmiſſio, quæ ſolius ſuitatis ante legem Theodoſii effectus erat, per vulgarem ſubſtitutionem eo tempore fuiſſet impedita: quæ omnia falſa ſunt, priora duo manifeſte, tertium *arg. l. un. §. 5. & §. cum autem. 13. C. de cad. toll.* ubi Juſtinianus demum ſubſtitutum vult admitti, cum deſunt perſonæ, quæ hæreditatem non aditam tranſmittunt ex lege Theodoſii, quæ unica eſt ſub *tit. C. de his qui ante ap. tab. hæred. tranſm.* Nimirum jus tranſmittendi, quod ſoli antea ſui hæredes & ſimpliciter habebant, etiam in caſu ſubſtituti extendens ad perſonas d. lege Theodoſii comprehenſas. Et vero quod omnino conſiderandum, in perſona ſui hæredis duæ hæ ſunt qualitates diverſæ, neceſſarium eſſe & ſuum eſſe, quarum hac ſalva, aut ſaltem vulnerata tantum, illa tolli poteſt, uti factum videmus edicto prætoris, quo manente ſuitate data eſt abſtinendi poteſtas. Concludendum ergo, ſubſtitutionem vulgarem in ſuo hærede non operari in caſum & ſpeciem impotentiæ, ſed in caſum voluntatis & abſtinentiæ duntaxat; utique ſi filius patri ſuperſtes fuerit; nam ſi is vivo adhuc patre deceſſerit, nullis liberis relictis, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant; dubium non eſt, quin ſubſtitutioni locus ſit. Zaſ. *tract. ſubſt. cap. 1. in quarto effectu.* Gomez. *1. reſ. 3. n. 15. 16. & 24.* Bachov. *in Treutl. vol. 11. diſp. 11. th. 7.* Chriſtin. *vol. v. deciſ. 16. num. 4.* D. Jo. a Sande *lib. iv. tit. 3.* Illud quoque mihi plane perſuadeo, abſtinente filio ſuo hærede, ſubſtitutum hæredem fieri jure civili, hoc eſt, directo ex ſubſtitutione venire, & hæreditatem adire poſſe ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres eſto:* quamvis hoc non placeat Antonio Fabro, qui ſubſtitutum non ipſo jure hæredem fieri, ſed a prætore tantum ad bona admitti contendit, *decad. 32. err. 7.*

Noviſſimo loco ſervum neceſſarium) Qui omnino legitimas ſucceſſiones impedire atque in omnem caſum ſibi vult proſpicere, ne inteſtati exitum faciat: is poterit in defectum priorum ſervum ſuum poſtremo loco inſtituere hæredem neceſſarium, quod illi quoque facere ſolent, quibus facultates ſuæ ſuſpectæ ſunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntariis hæredibus, modis omnibus a ſe avertant, & quod in alios non potuerunt, in ſervos tandem transferant. §. 1. *inf. de hæred. qual.* Quid ſi ſervus non loco noviſſimo, ſed intermedio ſubſtitutus ſit, aut ipſi primo inſtituto ſubſtitutus datus? Putarem contra Viglium cum Jo. Fabro, defendi poſſe, dominum videri ſervo remiſiſſe adeundi neceſſitatem dando ei ſubſtitutum in eum caſum, quo hæres non eſſet: utique ſi ſubſtitutus hæreditatem adire paratus ſit. *arg. l. 12. de cond. inſt.*

Textus.

De numero hæredum in ſingulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum poſſunt ſubſtitui, vel unus in plurium, vel ſinguli in ſingulorum, vel invicem ipſi, qui hæredes inſtituti ſunt.*

Commentarius.

Complures ſunt formæ ſubſtituendi. Subſtituuntur vel extranei, vel ipſi hæredes inſtituti. Prior ſpecies variatur quatuor modis: nam & ſinguli ſingulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus ſubſtitui poteſt. Secundus modus hoc loco, & apud Marcianum, *l. poteſt. 36. §. 1. eod.* omiſſus eſt, forte de induſtria, quia eadem illius, quæ primi, ratio eſt. Illud autem in his omnibus tenendum, ut ſubſtitutis locus fiat, neceſſe eſſe, ut antea primo gradu inſtituti defecerint, quocunque caſu ex ſuperioribus modis ſubſtitutio facta proponatur: hoc enim perpetuo exigit natura & ratio ſubſtitutionis, adeo ut nulla etiam videatur eſſe cauſa dubitandi, ne in poſtremo quidem caſu, ubi unus pluribus ſubſtitutus ſit. Nam qui ita loquitur, *Octavius & Nonius hæredes ſunto, ſi non erunt, Decius eſto:* is utique aperte ſignificat, ſe velle inſtitutos & ambos & ſingulos ſubſtituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quam ſi neuter illorum hæres fuerit: quod ipſum diſerte quoque traditum eſt *l. 4. C. de impub. & al. ſubſt.* Quare vix eſt, ut credam, apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuiſſe, quamvis id perſuaſum fuerit Juſtiniano, *l. pen. C. d. tit.*

Vel invicem ipſi) *L. cum in teſtamento. 37. §. 1. de hær. inſt.* Hæc eſt ſubſtitutio, quam Modeſtinus reciprocam vocat, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Papinianus mutuam, *l. cum proponebatur. 64. de legat. 2.* exemplum extat apud Suetonium *in Tiberio, c. ult.* Doctores vulgo appellant breviloquam, vocabulo non ſatis rei conveniente: neque enim ex verborum brevitate æſtimatur, ſed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem ſubſtituendi eſt, non ſpecies ſubſtitutionis, ut ſuperius diximus & pupillari quoque convenit, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.*

Textus.

Quam partem ſinguli ſubſtituti accipiant, ſi partes in ſubſtitutione expreſſæ non ſint.

2. *Et ſi ex diſparibus partibus hæredes ſcriptos invicem ſubſtituerit, & nullam mentionem partium in ſubſtitutione habuerit, eas videtur in ſubſtitutione partes dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit: & ita divus Pius reſcripſit.*

Notæ.

2. *Ex diſparibus partibus*) Species: *Octavius ex uncia hæres eſto, Nonius ex beſſe, Decius ex quadrante; eoſque invicem ſubſtituto.* H[illegible] repudiante Decio dividetur quadrans in novem [illegible], ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, *l. 24. eod.* Male exemplum poſuit Theoph. in duobus hæredibus invicem ſubſtitutis, verum tamen eſt quod dicit, & male carpitur a Pac.

D. Pius reſcripſit.) *l. 1. C. eod.* congruunt, *l. 5. & d. l. 24. D. eod.*

Com-

Commentarius.

1. *Hæredes ex imparibus partibus inſtitutos, atque invicem ſimpliciter ſubſtitutos, ex ſubſtitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodo hæc regula temperanda? n.2.*

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus inſtitutis, ſi unus ſimpliciter ſubſtitutus fuerit, hic illis deficientibus totum aſſem ex ſubſtitutione feret: ſi plures pluribus eodem modo ſubſtituti, ſinguli ex partibus æqualibus hæredes erunt, licet inæquales adſcriptæ ſint inſtitutis, quippe cum hic diſcerni non poſſit, quis cui inſtitutus ſit. At ſi ſinguli ſingulis, tum eam quiſque partem habebit, quæ adſcripta primo, cui ſubſtitutus eſt. Dubium quoque non habet, ſi teſtator hæredes inſtitutos mutuo ſubſtituens in ſubſtitutione eaſdem partes nominatim ſervari voluit, quas in inſtitutione expreſſit, aut ſi alias partes in ſubſtitutione fecit, quin voluntas ſervanda ſit. Sed hoc quæſitum eſt in ſubſtitutione reciproca, ſi teſtator hæredes ex imparibus partibus inſtitutos invicem ſimpliciter ſubſtituerit, hoc eſt, nullarum in ſubſtitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hæreditarias ex ſubſtitutione vocati intelligi debeant.
1 Et D. Pius voluntatem teſtatoris in hac ſubſtitutione ſic interpretatus eſt, ut videatur teſtator eos vocaſſe in portiones hæreditarias, hoc eſt, ex iiſdem partibus ſubſtituiſſe, ex quibus inſtituti ſunt, *l.5.l.ſi plures. 24. hoc tit. l. 1. C. eod. & hoc text.* Optima ſane ratione: neque enim veriſimile eſt teſtatorem pluris eos feciſſe in gradu ſecundo, quam in primo; cum ſubſtitueret, quam cum inſtitueret: ut proinde partes, quæ in inſtitutione expreſſæ ſunt, repetitæ videri debeant in ſubſtitutione: qua eadem ratione etiam legata ab inſtitutis relicta a ſubſtitutis repetita eſſe intelliguntur, *l. licet Imp. 74. de legat.1.* & clauſula quoque ſive conditio in inſtitutione appoſita in ſubſtitutione repetita, utique ſi eadem ſit, aut par utrobique ratio, *arg. l. 14. de legat. 1. l. 1. C. de impub. & al. ſub.* Ant. Fab. *C. ſuo. tit. 7. defin. 3.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 13. n. 7.*

Invicem ſubſtituerit) In duobus hæredibus invicem ſubſtitutis huic quæſtioni locus eſſe non poteſt: ſiquidem uno ex duobus deficiente alterum ſemper, quod reliquum eſt, habere oportet, & in ſolidum hæredem fieri. Sed minimum tres inſtitutos eoſque invicem ſubſtitutos ponamus neceſſe eſt; verbi cauſa, uti Ulpianus ſpeciem proponit, *d.l.24. hoc tit.* ſi unus ex uncia, ſecundus ex beſſe, tertius ex quadrante ſit inſtitutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes, qui ex beſſe inſtitutus eſt; unam partem, qui ſcriptus ex uncia. Manifeſtum igitur eſt, male omnino Theophilum hunc locum interpretatum eſſe, dum in duobus inſtitutis invicemque ſubſtitutis exemplum poſuit.

Quas in inſtitutione expreſſit) Ulp. *d.l.24.* hoc ſic
2 temperat, *niſi alia mens fuerit teſtatoris.* Quibus verbis interpretes denotari & excipi putant etiam caſum, quo non ſimpliciter & tribus verbis omnes invicem ſubſtituuntur, aut quidam ſub appellatione hæredum alicui ex cohæredibus, puta hoc modo, *Si Titius hæres non erit, quiſquis erit, ex parte quoque Titii, eſto:* aut, *Ceteri, quos primo loco ſcripſi, ſunto:* ſed repetitis in ſubſtitutione propriis ſingulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante hæredes ſunto. Si Titius hæres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii hæredes ſunto.* Hic ſecundum communem ſententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc eſt, æquales, non hæreditarias partes habebunt; idque ex non obſcura voluntate teſtatoris, qui in ſubſtitutione propria cujuſque nomina repetens, jam non ad partes in inſtitutione datas, ſed ad perſonas & numerum ſubſtitutorum ſubſtitutionem retuliſſe dicendus ſit, *arg. l. nonnunquam. 25. ad ſen. Treb. l. ſi hæredes. 124. de legat. 1. l. ſi communis. 37. de ſtip. ſerv.* Atque hanc ſententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori ſuo D. Franciſco Curtio, cui ea diſplicebat, propterea quod Juriſconſultus in *d.l.24. hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expreſſam, reſpondet, expreſſionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expreſſæ voluntatis in hujuſmodi quæſtionibus habere. Idem probandum eſt ſi teſtator æquale onus ſubſtitutis impoſuit, per *l. quotiens. 23. ad ſen. Treb. Gloſſ. in l. 1. C. de imp. & al. ſubſt.* Gomez. *1. reſ. 5. n. 20.* D. Tulden. *comm. hic. c. 2.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 13. n. 7.*

Textus.

Si cohæredi ſubſtituto alius ſubſtituatur,

3. *Sed ſi inſtituto hæredi, cohærede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit, Divi Severus & Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt, ad utramque partem ſubſtitutum admitti.*

Notæ.

3. *Sed ſi inſtituto hæredi*) Species: *Primus & Secundus hæredes ſunto. Si P. hæres non erit, S. hæres eſto, ſi S. hæres non erit, Tertius hæres eſto;* verius eſt, in utramque partem hic Tertium ſubſtitutum eſſe, *l. 27. l. 41. eod.* ex quo jure hæc regula fiat: *Subſtitutus ſubſtituto intelligitur etiam ſubſtitutus inſtituto.*

Sine diſtinctione) Id eſt, ſine diſtinctione mortis & ſcripturæ; ut nihil interſit, prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante deceſſerit; nihil quoque utrum ante primam ſubſtitutionem ſecunda facta ſit, an poſtea hoc modo: *Primus & Secundus hæredes ſunto: ſi Secundus hæres non erit, Tertius hæres eſto. Si Primus hæres non erit, Secundus hæres eſto, l.41. pr. eod.*

Commentarius.

1. *An in ſpecie hic propoſita utraque pars defecta jure ſubſtitutionis ad ſecundum ſubſtitutum pertineat?*
2. *Scævola cum Papiniano conciliatur.*

SI paterfamilias Titio & Mævio hæredibus inſtitutis, Titium Mævio ſine reciprocatione ſubſtituerit, & Titio Sempronium, certum eſt, deficientis Ti-

Titii partem non accreſcere Mævio cohæredi Titii, ſed ad Sempronium, jure ſubſtitutionis pertinere: quippe cum verba illa, *Si Titius hæres non erit*, generalia ſint; & utrumque caſum complectantur, ſive hæres non erit ex inſtitutione, ſive non erit ex ſubſtitutione. Ceterum hæc ſpecies huc non pertinet. Et male Hotomannus tali exemplo uſus eſt ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantum quæritur de parte ejus, qui cohæredi ſuo ſubſtitutus alium ſubſtitutum accepit, ſed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expreſſe ſubſtitutus non eſt, & nimirum ſi uterque defecerit, an pars utriuſque ad illum uni tantum ſubſtitutum jure ſubſtitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. ſi Titius.* 27. *l. cohæredi.* 41. *in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Subſtitutus ſubſtituto intelligitur etiam ſubſtitutus inſtituto.*

Sine diſtinctione ad utramque partem] Si ſcilicet neuter hæres extiterit. Videamus primum de partibus: deinde explicabimus, quid illud ſit, quod ait, ſine diſtinctione. De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad ſubſtitutum pertineant, ſed an pertineant jure ſubſtitutionis, tanquam ad ſubſtitutum utrique. Nam ſi verbi cauſa Mævius, cui Titius cohæres & ſubſtitutus datus eſt, ante Titium defecerit, Sempronius Titio ſubſtitutus deficiente deinde Titio; ad utramque quidem partem ſine dubio admittitur, ſed ideo ad partem quoque Mævii dixerit aliquis, non quod huic quoque ſubſtitutus intelligatur; ſed quia vel deficientis Mævii pars Titio cohæredi, cui Sempronius ſubſtitutus, jam prius accrevit; vel quia nunc ipſi accreſcit Sempronio. Verum prius illud nullo modo dici poteſt, quia deficientium portiones non accreſcunt aliis, quam qui ex ſua parte hæredes extiterunt, *l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll.* unde portio portioni accreſcere dicitur inſtar alluvionis, *l. ſi Titio.* 33. *in fin. de uſufruct.* Quod ſi Titium hæredem extitiſſe ponimus, expiravit ſubſtitutio, *l.* 5. *C. de impub. & al. ſubſt.* Poſterius teſte Viglio viſum eſt nonnullis veterum interpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex recentioribus Lancellotto Polito, qui, etſi dicatur Sempronius in utramque partem in ſpecie propoſita ſubſtitutus, neutiquam tamen dici poſſe contendit, revera ſubſtitutum eſſe Mævio. Sed merito DD. communiter, quos & Viglius ſequitur, hoc improbant. Quæ enim poteſt eſſe dubitandi ratio, ſi dicamus, partem Mævii accreſcere Sempronio, cui etiam accreſceret, etſi Titius Mævio ſubſtitutus non eſſet? Et igitur aut fruſtra & inepte talis caſus proponitur, quo Titius cohæredi ſubſtitutus eſt, aut hoc operabitur ſubſtitutio Titii, ut Titio ſubſtitutus etiam ei, cui Titius ſubſtitutus eſt, tacite ſubſtitutus eſſe intelligi debeat. Atque hoc ipſum ſatis aperte docet hoc loco Juſtinianus, cum ait, ſubſtitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex ſubſtitutione, de qua ſola hic diſputatur, & quia, ut diſerte ait Juriſconſultus in *d. l.* 27. *hoc tit.* in utramque partem ſubſtitutus intelligitur. Sed quid refert, ex ſubſtitutione, an jure accreſcendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in caſu propoſito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Cajum quoque hæredem inſtitutum, hic jam Sempronio proderit jure ſubſtitutionis deferri portionem Mævii, ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accreſcendi. Illud non animadverto, quomodo huc applicari poſſit, quod propterea Bachovius notat, jus accreſcendi ſequi hæredem ejus, qui portionem ſuam agnovit, quantumvis ante deceſſerit, quam ipſi quicquam accreſceret; ſubſtitutionem autem ad hæredem non tranſmitti, *l.* 9. *de ſuis & leg. l. totiens.* 81. *de acq. hær.* Quid autem illud eſt, quod ait Imp. *ſine diſtinctione admitti*? Nimirum hoc explicandum ex reſponſo Papiniani, *l. cohæredi.* 41. *in pr. hoc tit.* Primum nihil intereſſe ratione ordinis ſcripturæ, utrum ante primam ſubſtitutionem ſecunda facta ſit, an poſtea, veluti in hoc exemplo, *Titius & Mævius hæredes ſunto; ſi Titius non erit, Sempronius eſto; Si Mævius non erit, Titius eſto.* Secundo nihil intereſſe, utrum prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante deceſſerit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola *l. qui habebat.* 47. *eod.* Species, quam ibi Scævola proponit, eſt hujuſmodi: Qui filium & filiam impuberes habebat, inſtituto filio hærede filiam exhæredavit; & ſi filius intra pubertatem deceſſiſſet, filiam eidem ſubſtituit; filiæ, ſi antequam nuberet, deceſſiſſet, uxorem ſuam, item ſororem. Et reſpondet, ſi filia impubes prior deceſſerit, deinde frater ejus impubes hæreditatem filii ad uxorem & ſororem teſtatoris jure ſubſtitutionis non pertinere. Accurſius, quem bona pars DD. ſequitur, ait, Scævolam ſic reſpondiſſe, quia in caſu illic propoſito ſecunda ſubſtitutio jam extincta erat pubertate filiæ; ſic enim ille locum legit: *cum filia pubes prior deceſſerit.* Et quia ſciebat, apud alios legi *impubes*, (quomodo textus quoque Piſanus & Noricus habent) notat, *olim impubes, nunc pubes.* Sed in tali caſu non debebat Juriſconſultus diſtinguere, cum nec, ſi poſt inſtitutum ſubſtitutus jam pubes & hæres factus deceſſerit, ex ſecunda ſubſtitutione quiſquam admitti poſſit. Bachovius putat, in pupillari ſubſtitutione diverſum jus eſſe, aut ſaltem in ſpecie. *d. l.* 47. ubi pupillo non cohæres ſubſtituitur, ſed filia exhæredata, eandem voluntatis interpretationem non admitti, ut ſcilicet ſubſtituti ſubſtitutæ videantur etiam ſubſtituti inſtituto. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut ſubſtitutum habeat, *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.* Deinde ſi in pupillari ſubſtitutione alio jure utebantur, cur non ſimpliciter Juriſconſultus reſpondet, hæreditatem inſtituti jure ſubſtitutionis ex ſecunda ſubſtitutione non deferri? Niſi compoſitorum ſocordiæ adſcribendum, quod reſponſum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum reſcripto Impp. Severi & Antonini diſtinctio illa, qua Scævola utitur, ſublata eſſet, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum reſcriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis, Scævolam reſpondiſſe de duabus hæreditatibus, ad quas reſcriptum iſtud temere producendum non ſit, ſed in quibus vetus diſtinctio adhuc obtineat, utrum prior ſubſtitutus ante, an poſt inſtitutum deceſſerit.

Textus.

Si quis ſervo, qui liber exiſtimabatur, inſtituto ſubſtitutus fuerit.

4. *Si ſervum alienum quis patremfamilias arbitratus hæredem ſcripſerit, & ſi hæres non eſſet, Mævium ei ſubſtituerit; iſque ſervus juſſu domini adierit hæreditatem, Mævius ſubſtitutus in partem admittitur. Illa enim verba,* Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri ſubjectum eſſe teſtator ſcit, ſic accipiuntur.* Si neque ipſe hæres erit neque alium hæredem effecerit: *in eo vero, quem patremfamilias arbitratur, illud ſignificant,* ſi hæreditatem ſibi, vel ei, cujus juri poſtea ſubjectus eſſe cœperit, non acquiſierit. *Idque Tiberius Cæſar in perſona Parthenii ſervi ſui conſtituit.*

Notæ.

4. *In partem admittitur*) Theoph. το ημισυ λαμβανει. recte: pars enim ἁπλως poſita dimidiam ſignificat, *l.* 43. *de uſufr. l.* 164. §.1. *de verb. ſign.* In ſpecie *d. l.* 40. Sempronius cohæres ſervo ſubſtitutus fuit: & ideo unum ſemiſſem Sempronius habet ex inſtitutione, alter ſemis inter eum & dominum ſervi inſtituti dividitur, add. quæ ibi not. Gothofr.

Subjectum eſſe teſtator ſcit) Et hoc caſu in totum excluderetur ſubſtitutus, *l.* 7. *de acq. hær.* ſed in propoſito propter falſam opinionem & incertitudinem voluntatis teſtatoris, media via electa eſt, ut alias ſæpe.

Tiberius Cæſar) Pompon. *l.* 41. *de hær. inſt.*

Commentarius.

1. *Si filiusfam. hæres inſtitutus ſit, eique, ſi hæres non eſſet, ſubſtitutus datus, utrum repudiante filio pater, an ſubſtitutus admittendus?*
2. *Pleraque alia quæſtiones, quæ hic tractari ſolita, obiter excuſſæ & definitæ.*
3. *Utrum in caſu hic propoſito inter dominum inſtituti & ſubſtitutum hæreditas ex æquo dividenda, an ſic, ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat ferat?*

IN explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in perſona patrisfam. ſignificare, ſi nec ipſe hæres erit, nec alium hæredem mutata poſtea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificari, ſi vel ipſe hæres non erit, vel ei, cujus juri ſubjectus eſt, hæreditatem non acquiſierit. Et igitur ſi paterfam. hæres inſtitutus in eum caſum ſubſtitutum accepit, *Si hæres non erit,* iſque vel in eodem ſtatu manens ſibi hæreditatem acquiſierit, vel mutata ante teſtatoris mortem conditione, ſervus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem hæredem fecerit, in ſolidum excludetur ſubſtitutus. Similiter ſi ſervus aut filiusfam. hæredes inſtituti, & in caſum, quo hæredes non erunt, ſubſtitutum acceperint, & aut ipſi mutata conditione ante mortem teſtatoris ſibi hæreditatem acquiſierint, aut in eo ſtatu manentes dominum aut patrem hæredes fecerint, ſubſtitutus itidem in totum repellitur, *l. ſi paterfam.* 40. *de hær. inſt. l.* 7. *de acqu. hær. l.* 5. *C. de imp. & al. ſubſt. & hoc text.* Ceterum hoc ita, ſi teſtator non ignorabat, eum, quem hæredem inſtituit, in aliena eſſe poteſtate, nam ſi patremfam. eſſe putabat, qui ſervus alienus erat, hic propter falſam opinionem & incertitudinem voluntatis teſtatoris media via electa eſt, ut ſubſtitutus cum domino ſervi in partem admittatur, *d. l.* 40. *& ſeq. de hær. inſt. & hoc* §. Nam ex ratione juris dominus ſolus admittendus videbatur, cum magis ſequendum id, quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Pro ſubſtituto autem facit præſumpta voluntas teſtatoris, qui non videtur domino conſulere voluiſſe, cum hæredem inſtituens, quem ignorabat dominum habere. Quæſitum eſt, ſi filius- 1
fam. hæres inſtitutus, eique hac conditione ſi hæres non foret, ſubſtitutus datus ſit, utrum repudiante filio pater, an ſubſtitutus admittendus. Duarenus *in comm. ad hunc tit. cap.* 10. pro patre reſpondet: Viglius ad hunc §. pro ſubſtituto. Ego cum Viglio cenſeo, ſubſtitutum patri præferendum, quippe cum ille ex manifeſto judicio teſtatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio exiſtit conditio ſubſtitutionis: quæ in extraneo hærede inſtituto, qui alieno juri ſubjectus eſt, hunc ſenſum habet, ſi neque ipſe hæres erit, neque eum, cujus in poteſtate eſt, hæredem fecerit, quorum neutrum fit in propoſito, *l.* 3. *C. de hær. inſt.* Ad hæc ſi cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis ſubſtitutus: conſtat enim, jus ſubſtitutionis potentius eſſe jure accreſcendi, *l.* 2. § *ſi duo.* 8. *de bon. poſſ. ſec. tab.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus: Primum quia Juſtinianus *l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* filio repudiante jus adeundi patri concedit, perinde ac ſi ipſe inſtitutus eſſet. Sed reſpondemus, conſtitutionem iſtam, ut exorbitantem, cancellis ſuis continendam, neque extendendam eſſe in præjudicium ejus, qui venit ex teſtatoris expreſſo judicio, ſubſtituti videlicet: quem utique magis teſtator dilexit, quam patrem, cujus contemplatione inſtitutio facta non præſumitur, ſed amore filii duntaxat. Conſervare quodammodo voluntatem defuncti voluit Juſtinianus non evertere: & vulgatum eſt, proviſionem hominis facere; ut ceſſet proviſio legis: adeoque non dubito, quin etſi cohæres filio pater datus eſſet, nihilominus tamen filio repudiante a ſubſtituto excluderetur. *d. l.* 2. §. *ſi duo.* 8. *ſec. tab.* Aliud argumentum ducit Duar. a conditione ſubſtitutionis, quam putat non minus repudiante, quam adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione ſua patrem hæredem faciat, *arg. d. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* junct. *d. l. ſi paterfam.* 40. *de hær. inſt. & hoc noſtro* §. Verum in hoc manifeſte errat: nam etſi per occaſionem repudiationis filii pater hoc conſequitur, ut ipſe hæreditatem filio delatam adire poſſit; non tamen hoc conſequitur per filium, ſed beneficio legis, quod ceſſare debet, ubi te-

teſtator ipſe alium hæredem ſufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, ſed ſua ipſius aditione, ex perſona propria vi conſtitutionis Juſtinianeæ, quæ eum habet pro inſtituto, ubi ſcil. alius a teſtatore non vocatur. nam voluntatem teſtatoris modis omnibus ſartam ac tectam leges omnes conſervant. Non aliter autem dominus aut pater per ſervum aut filium hæredes exiſtere poſſunt, aut hi illos hæredes facere, quam adeundo: repudiando autem nequaquam, *l. 7. de acq. har. l. 3. C. de her. inſt. & hoc text.* & alioqui etiam quivis hæres inſtitutus hæreditatem recuſans, adire dici poſſet eos, qui ab inteſtato veniunt, hæredes facere, & cohæres cohæredem, atque ita fieret, ut fere ſemper excluderetur ſubſtitutus, contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Nec movere debet quod Ulpian. reſpondet, filium repudiando patri non nocere, *l. 13. §. 3. de acq. har.* Hoc enim non eam ſententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum hæredem fieri: ſed repudiationem filii non obſtare, quominus filius jubente poſtea patre adhuc adeat. Poſtremo hoc modo argumentatur Duarenus; Si pater & filius una eademque perſona cenſentur, *l. ult. C. de imp. & al. ſubſt.* nihil referre debet, utrum filius ipſe hæres inſtitutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in ſe retorqueri poſſe, hoc modo; Si pater & filius una perſona cenſentur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujuſmodi fictionibus juris non eſt abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in teſtamentis totum faciunt, *l. ex facto. 35. §. rerum. 3. de her. inſt.* Ita cum Viglio ſentiunt & Salicet. *in d. l. ult. C. de bon. qua lib.* Polit. *de vulg. ſubſt.* Fachin. IV. *cont. 63.* Ant. Fab. *deciſ. 33. err. 7.* Don. VI. *comm. 24.* Bachov. *in Treutl. vol. II. diſp. 11. theſ. 7.* diſſentiunt cum Duareno Bart. *in l. 1. hoc tit.* Gloſſ. Cyn. Caſtr. *in d. l. ult.* Merend. IV. *cont. 8.* Graſſ. *§. ſubſtitutio, quaſt. 9. num. 4.*

2 Solent & aliæ quæſtiones hoc loco agitari, quas obiter excutiemus, nam inſtituti ratio non patitur, ut ſingula exequamur accurate. Prima eſt, utrum indigno aliquo hærede inſtituto, eique ſubſtituto dato in caſum, quo hæres non erit, fiſcus potior ſit, an ſubſtitutus, hoc eſt, utrum in propoſito fiſcus hæreditatem indigno auferat, an locus ſit ſubſtituto? Ego cum Duar. *d. cap. 10.* & DD. comm. Graſſ. *d. quaſt. 9. n. 8.* pro fiſco contra ſubſtitutum reſponderem, per *text. in l. cum quidam. 12.* & *jus regulare t. tit. de his qua ut indign.* neque pœna inſtituti hæredis debet eſſe præmium ſubſtituti, ut generaliter definit Papinian. *l. ſi ſequens. 15. de ſenat. Silan.* Non idem juris eſt in inſtitutione plane incapacis, puta deportati: nam talis inſtitutio cum pro non ſcripta habeatur, *l. 1. C. de her. inſt.* teſtamentum a ſubſtitutione exordium capiet, *arg. l. 3. §. ult. de lib. & poſt.* Alia quæſtio eſt, uter præferendus, ſubſtitutusne, an is, in quem extra cauſam ſubſtitutionis hæreditas non adita tranſmittitur. Jure veteri, ſui hæredes poteſtate nudæ exiſtentiæ hæreditatem tranſmittebant in hæredes quoscunque, *l. 3. C. de jur. del. l. 8. C. de ſuis & leg. her.* Ex conſtitutione Theodoſii liberi omnes delatam ſibi a parentibus hæreditatem tranſmittunt ad deſcendentes ſuos, *l. un. C. de his qui ant. apert. tab.* Eſt item & tertium genus tranſmiſſariorum, in quos non hæreditas, ſed jus deliberandi transfertur ex lege Juſtiniani, *l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. del.* Pro triplici ergo hac tranſmiſſariorum differentia primo quæritur, ſi ſuus hæres, qui in caſum, quo hæres non foret, ſubſtitutum accepit, antequam ſe bonis paternis immiſcuiſſet aut abſtinuiſſet, mortuus ſit, utrum vi ſolius exiſtentiæ hæreditatem tranſmittat ad ſucceſſores ſuos, an admittendus potius ſubſtitutus. Et communis quidem ſententia eſt, ſubſtitutum admittendum excluſo tranſmiſſario ſive hærede inſtituti, quoniam ſubſtitutio vulgaris perimat jus ſuitatis. Sed hoc perſpicue falſum eſt, ut oſtendimus *ſup. in not. ſub fin. pr. eod.* ubi pleniſſime probavimus, jus ſuitatis in propoſito ſalvum manere, licet neceſſitas remiſſa intelligatur, neque ſubſtitutionem vulgarem in ſuo hærede operari in caſum impotentiæ, ſed abſtinentiæ duntaxat. Inſignis vero error eſt Jo. Deckheri *lib. 1. Diſſert. 14. num. 43.* aſſerentis, ideo per vulgarem ſubſtitutionem tolli tranſmiſſionem, quæ ex jure ſuitatis eſt, quia ſuus hæres inſtitutus non aliter ex teſtamento hæres fit, quam ſi ſe immiſceat: notiſſimi enim juris eſt, ſuos hæredes tam ex teſtamento, quam ab inteſtato ſtatim atque ipſo jure hæredes exiſtere, *§. 2. inf. de her. qual. l. 1. §. qui ſunt. 7. ſi quis omiſſ. ca. teſt. l. 3. C. de jur. delib.* vid. Ant. Fab. *deciſ. 34. err. 4.* Secundo, utrum ſubſtitutio potior, an tranſmiſſio ex conſtitutione Theodoſii *d. l. un. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro tranſmiſſario contra ſubſtitutum reſponderem per *l. un. §. cum autem. 13. C. de cad. toll.* ubi jus tranſmittendi, quod antea ſui hæredes ſoli & ſimpliciter habebant, etiam in caſu ſubſtitutionis Juſtinianus diſerte extendit ad perſonas lege Theodoſiana comprehenſas. Duar. *d. c. 10.* Ant. Fab. *d. err. 4.* eſtque hæc ſententia etiam communiter recepta. Graſſ. *d. quaſt. 9. num. 3.* neque Jo. Deckherus, *ubi ſup.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum tranſmiſſio juris deliberandi ex lege Juſtiniani *d. l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. del.* excludat ſubſtitutionem, an hæc illam. Hic ego pro ſubſtituto reſponderem contra tranſmiſſarium Juſtinianeum, cum Salic. *in d. l. 19.* Ang. Rip. *in l. 1. hoc tit.* Zaſ. *tract. ſubſt. cap. 1. in tertio effect. verſ. tertia ſpecies.* Polit. *de vulg. ſubſt. num. 92. & ſeqq.* Ant. Fab. *d. deciſ. err. 5.* Deckher. *d. Diſſert. num. 44.* neque enim nova & exorbitans conſtitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro ſe habet & proviſionem hominis & ſimul voluntatem legis: poteſtque locus Juſtiniani *d. l. unic. §. 5.* junct. *§. cum autem. 13. C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commode referri & reſtringi ad duas priores ſpecies tranſmiſſionis, ut proprie verba Imperatoris accipiantur, & de his ſolis, qui ipſam hæreditatem tranſmittunt, Diſſ. *hic.* Duar. *d. c. 10.* & DD. comm. Gomez. *1. reſ. 3. num. 25.* Graſſ. *d. quaſt. 9. num. 3.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 17. n. 2.* Fachin. IV. *cont. 62.* Poſtremo quæritur, quid juris ſit, ſi inſtitutus beneficio ætatis contra aditionem reſtitutus ſit, quæſtio hæc omnium eſt difficillima. Sententia communis eſt convaleſcere ſubſtitutionem, *arg. l. ex contractu 44. de re jud. l. 1. §. antepen. l. 2. §. ſi bonorum. 10. ad Senat. Tertyll.* Gloſſ. Salic. Cyn. & alii *in l. 5. C. de imp. & al. ſubſt.* & hanc ſequuntur Anton. Fab. III. *conject. 4.* Don.

vi. *comm.* 24. ſed contraria de jure verior videtur, *per d. l.* 5. & textus perſpicuos *in l. ult. de ſucceſſ. edict. l.* 7. *§. ſed quod Papinianus.* 10. *& ib.* Cujac. & Paul. Buſ. *de minoribus*. Neque temere beneficium reſtitutionis extra perſonam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zaſius *tract. ſubſt. cap.* 1. *verſ. ſecundo limitate*. Duar. *d. cap.* 10. Ant. Merend. iv. *cont.* 9. Bachov. *in Treutl. vol.* ii. *Diſput.* ii. *th.* 7. Perez. *ad tit. C. de imp. & aliis ſubſt. num.* 7. Utrum autem excluſo ſubſtituto hæreditas ad legitimum ſucceſſorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ, an fiſco locus fiat. Quod Cujacio, Buſio, in medio relinquimus. Nunc ad inſtitutum redeamus.

Mævius in partem admittitur) Non exprimit in quotam: & ita quoque ſimpliciter ſcriptum eſt in *l. & hoc.* 41. *de hær. inſt.* hæreditatem dividi inter dominum
3 inſtituti, & ſubſtitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hæreditatis dominus, dimidiam item ſubſtitutus ferat; an ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat, ut Gloſſ. & DD. comm. voluerunt? Non ambigo, quin ex æquo. Quomodo hunc locum & Theophilus interpretatus eſt. Et interpretandum eſſe vel hoc unum argumento eſſe debet, quod partis nomen, niſi quid aliud adjiciatur, ſemper dimidiam ſignificet, *l. nomen.* 164. §. 1. *de verb. ſign. l. etiam.* 43. *de uſufr.* Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in ſpeciem habere poteſt inæqualis iſta diſtributio? Quinimo ſi partes inæquales faciendæ, ſubſtituto potius favendum erat, cui & verba & voluntas teſtatoris ſuffragantur, quam domino, qui mera tantum ratione juris nititur, & de quo teſtator cogitare non potuit, cum eum inſtitueret, quem ingenuum putabat. Obſtat tamen huic ſententiæ, *d. l. ſi paterfam.* 40. *de hær. inſt.* ubi Julianus in hac ipſa ſpecie aliam partitionem facit, & duos vult ſemiſſes fieri, ita ut alter ſemis inter dominum & ſubſtitutum æquis portionibus dividatur; cumque de altero ſemiſſe nihil definiat, eum domino plerique aſſignaverunt. D. Cujacius exiſtimat, pro *alter ſemis*, uti in extremo *d. l.* 40. legitur, legendum *as*, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus 1. *diſp.* 2. ſcribit, ſe in veteri exemplari ita legiſſe *in pr. d. l. eique, ſi heres non eſſet, Sempronium cohæredem ſubſtituerit*. Quam lectionem verba in calce ejuſdem reſponſi poſita mire juvant. Ait enim Julianus; *Igitur in hoc caſu duo ſemiſſes fient*. Cur ait, *in hoc caſu*, niſi ut ſignificet, ſe talem caſum propoſuiſſe, cui conveniret hæc diviſio? nempe quando ſervo, qui liber putabatur, cohæres ſubſtitutus eſt: in aliis autem non idem juris eſſe. Igitur in caſu a Juliano propoſito de uno ſemiſſe ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex inſtitutione accipit, non dominus ſervi, de altero poterat: & hunc Julianus ait dividi oportere inter dominum ſervi & Sempronium. Et merito, quia in hunc tantum ſemiſſem erat ſubſtitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes ſentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut, quod ipſe addit, intelligunt, in re ipſa conſentientes. Plane ſi manifeſte appareat, teſtatorem per eum, quem opinionis errore liberum eſſe credens hæredem inſtituit, ad alium quenquam hæreditatem pertinere noluiſſe, conditio ſubſtitutionis extitit, & ſoli defertur hæreditas ſubſtituto, *l.* 3. *C. de hær. inſt.* Vinn. Cui non dictus Hylas? Me tamen nec cum Cujacio, nec cum Alciato facere fateor. Rem paucis dicam. In illa *l.* 40. *ff. de hær. inſt.* manifeſto ſunt duæ ſpecies. Prior hæc eſt: Paterfamilias inſtituerat Titium ſervum, quem ingenuum putaverat, eique ſubſtituerat Sempronium. Titio juſſu domini adeunte, quærebatur, an Sempronius eſſet in partem admittendus? & reſpondit Julianus: *Poteſt dici, Sempronium in partem hæreditatis* (puta dimidiam, quæ quota non expreſſa ordinarie intelligitur, *l.* 164. §. 1. *ff. de V. S. l.* 43. *ff. de uſufr.*) *admitti*. Addita ratione, pergit Julianus: *Qua adjectio ad* eos *pertinet, qui patresfamilias heredes ſcripti, poſtea in ſervitutem deducti fuerint. Igitur* in hoc casu *ſemiſſes fient, ita ut alter* semis *inter eum, qui dominus inſtituti heredis fuerit, & ſubſtitutum æquis portionibus dividatur*. Et hæc manifeſto eſt altera ſpecies. Paterfamilias inſtituerat Titium, tunc ingenuum, ſed poſtea deductum in ſervitutem, ſubſtituto ei Mævio. Quærebatur, Titio juſſu Domini adeunte, an & hic ſubſtitutus in partem admittendus ſit? Reſpondit, admittendum; ſed non in dimidiam, ſed in quadrantem. Domini enim Titii ideo hic melior videbatur conditio, quod non, ceu in priore caſu, teſtator circa hæredis ſtatum erraverat. Simile quid in mentem venit Marco Lyklamæ in *Membranis*, & Oſw. Hilligero in *Donell. enucleat.* De Parthenio, & utrum is Tiberii an Titi ſervus fuerit, elegans & erudita eſt. Διατριβὴ in Gundlingianis *Tom. VI. partic.* xxx. *art.* iii. *p.* 445. *ſequ.* Hein.

Titulus Decimusſextus.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 26.

Unde hæc ſubſtitutio dicatur pupillaris, & quo adſpectu ſubſtitutio. Simul argumentum tituli.

Sequitur directæ ſubſtitutionis ſpecies altera, quæ a ſubjecto dicitur pupillaris, quia ſcilicet ſolis fit pupillis, non ut prior illa, promiſcue quibuſvis. Etſi autem is demum pupillus dicitur, qui cum impubes ſit, in poteſtate patris eſſe deſiit, *l. pupillus* 239. *de verbor. ſign.* tamen quia vis omnis teſtamenti & ſubſtitutionis confertur in mortem teſtatoris, id eſt, in id tempus, quo filius pupillus

lus futurus eſt; recte hoc reſpectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut bene obſervavit D. Viglius, vere ſubſtitutio eſt, ſive ſecunda inſtitutio, qua teſtator in caſum, quo primo gradu inſtitutus hæres futurus non eſt, alium ſibi hæredem facit; ac proinde per quam ſucceditur ipſi teſtatori. Hæc autem non tam ſubſtitutio eſt, quam inſtitutio prima: quippe per quam non ei, qui teſtamentum fecit, & gradu ſecundo ſucceditur, ſed pupillo, cui teſtamentum factum eſt, & gradu primo, perinde ac ſi ipſe pupillus ſibi hæredem feciſſet. Quod evidentius apparet in ſubſtitutione exhæredati. Quamobrem merito Hotomannus a Bachovio notatur, quod ille inverſo modo vulgarem ſubſtitutionem magis inſtitutionem, pupillarem autem proprie cenſet eſſe ſubſtitutionem. Cur vero cum pupillaris proprie ſubſtitutio non ſit, eo tamen nomine a veteribus appelletur, dixi præcedente titulo, nempe ſic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater ſibi prius, deinde ſecundo loco filio hæredem inſtituere debet, & non a teſtamento filii incipere, *l. 2. in fin. hoc tit.* Porro ſubſtitutio pupillaris, ut genus πρὸς ἕν, dividi poteſt in propriam ſeu veram, & quaſi, ſeu exemplarem. Utraque fit in eum caſum, quo inſtitutus hæres erit; propria fit liberis impuberibus, ſi hæredes extiterint & intra pubertatem moriantur; quaſi ſeu exemplaris fit mente captis, ſi hæredes extiterint & deceſſerint in eadem mentis alienatione. Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur, hæc eſt. In principio docetur, qui quibus pupillariter, & qua forma ſubſtituant? quis hujus rei effectus? & unde illud manarit? Inde agitur de ſubſtitutione quaſi pupillari, ſive mente capti, & mox effectus pupillaris ſubſtitutionis repetitur: dein parentibus formidoloſis tuta monſtratur ſubſtituendi ratio. Hinc jam amplius, quibus pupillariter ſubſtitui poſſit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac poſtremo ſequuntur contraria.

Textus.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris ſubſtitutionis.

Liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate quis habet, non ſolum ita, ut ſupra diximus, ſubſtituere poteſt, id eſt, ut ſi hæredes ei non extiterint, alius ſit ei hæres: ſed eo amplius, ut ſi hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, ſit eis aliquis hæres: veluti ſi quis dicat hoc modo, Titius filius hæres mihi eſto. Et ſi filius mihi hæres non erit: ſive hæres erit, & prius moriatur, quam in ſuam tutelam venerit, *id eſt, antequam pubes factus ſit;* tunc Sejus hæres eſto. *Quo caſu, ſiquidem non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri ſit hæres: ſi vero extiterit hæres filius, & ante pubertatem deceſſerit, ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus. Nam moribus inſtitutum eſt, ut quum ejus ætatis filii ſint, in qua ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſunt, parentes eis faciant.*

Notæ.

Quos in poteſtate) Et ideo nec mater liberis ſuis, nec pater filio emancipato pupillariter ſubſtituere poteſt, *l. 2. hoc tit.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in poteſtate habet, niſi ex formula legis Vellejæ. *Si filius me vivo ſuus hæres eſſe deſierit, &c. d.l.2.* Oportet autem & teſtamenti & mortis tempore impuberem in familia eſſe. *l. 41. §. 2. eod.*

Veluti ſi quis) Formula gemellæ ſubſtitutionis. Verum ex D. Marci conſtitutione ſubſtitutio ſimplex aut vulgaris aut pupillaris, id eſt, quæ alterutro caſu expreſſo ſit, in utrumque caſum facta intelligitur, *l. 4. hoc tit.* fac. *l. 2. & l. 4. C. eod.* Olim de expreſſa pupillari, an vulgarem tacite contineret, quæſitum in Curiano judicio, de quo Cicer. multis locis, & Quintil. VII. *c. 7.*

Sive hæres erit, &c.) Hæc eſt conditio ſubſtitutionis pupillaris, & caſus ſecundus dicitur.

Si non extiterit) Quod etiam tunc accidere intelligendum eſt, cum impubes patri ſuperſtes hæreditate paterna abſtinet: ne nudum nomen hæredis noceat ſubſtituto, arg. *l. 67. pr. de rit. nupt. l. 68. de leg. 1.* Non recte igitur Theophil. *hic.*

Si extiterit hæres) Hic caſus propter utilitatem pupilli extitiſſe intelligitur, etiamſi bonis paternis ſe abſtineat, *l. 12. hoc tit. l. 42. de acq. hær. l. 28. de reb. auct. jud.* & hoc eſt, quod vulgo interpr. dicunt, nudæ ſui hæredis exiſtentiæ vi confirmari tabulas pupillares. fac. *l. 44. de re jud. l. 41. de acq. hær.*

Ipſi filio ſit hæres) Non tantum in bonis, quæ a patre obvenerunt; ſed etiam, quæ aliunde, *l. 10. §. 5. hoc tit.* excluſis filii legitimis hæredibus, & ipſa etiam matre. *l. 8. §. 5. de inof. teſt. c. 1. x de teſtam. in 6.*

Moribus inſtitutum) Ita & Ulpian. *l. 2. hoc tit.*

Commentarius.

1. *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter ſubſtituere poſſe, neque matrem liberis omnino.*
2. *Nepoti licet in poteſtate conſtituto, quem pater antecedit, pupillariter ſubſtitui non poſſe, niſi ex formula legis Velleja.*
3. *Utrum, ut valeat ſubſtitutio pupillaris, neceſſe ſit, liberos in poteſtate eſſe, & cum ſit ſubſtitutio, & cum pater moritur; an ſatis ſit, tales eſſe tempore mortis?*
4. *Exponitur locus Ulpiani in* l. 2. in fin. pr. hoc tit.
5. *Vulgari caſu expreſſo, etiam pupillarem contineri, niſi voluntas teſtatoris aperte refragetur.*
6. *An ex converſo, expreſſo caſu pupillaris, contineatur & vulgaris?*
7. *Reſponſum Javoleni expoſitum* in l. paterfam. 28. de reb. auct. jud.
8. *Quando accidat, ut pupillus hæres non exiſtat, & ſubſtitutus vi formula vulgaris admittatur?*
9. *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitiſſe hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem hæres ei fiat pupillariter ſubſtitutus?*

10. Per

10. *Per ſubſtitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*
11. *Excludi matrem a ſubſtituto pupillari, etiam quoad legitimam.*
12. *Oſtenditur idem juris eſſe & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*
13. *Cur pupillo expedire viſum ſit, teſtamentarium a patre hæredem accipere?*

L*iberis impuberibus*) *L.* 2. *in pr. eod.* puberibus in tantum non licet, ut etiamſi ab initio facta impuberi ſubſtitutio ſit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur. §. *pen. inſ. eod.* Cur autem ſolis liberis impuberibus hoc modo ſubſtitui permiſſum ſit, in fine hujus §. dicetur.

1 *In poteſtate*) Etenim patriæ hoc datum poteſtati eſt: & ideo pater filio emancipato ita ſubſtituere non poteſt, *d. l.* 2. *in pr.* multoque minus mater liberis ſuis. Nam quod in ſpecie *l. ſi mater* 33. *eod.* pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minime concludendum eſt, poſſe & matrem liberis impuberibus pupillariter ſubſtituere. Proponitur enim mater filio impuberi ſubſtitutionem feciſſe non in caſum ſecundum, ſi hæres erit, ſed in primum, ſi hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris ſubſtitutio eſt. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia ſubſtitutio facta filio, dum adhuc eſſet in ætate pupillari; deinde, quia ſubſtitutio confertur in mortem impuberis, & in ea ſpecie effectum quodammodo ſubſtitutionis pupillaris habet, ſaltem quod attinet ad bona matris, ut recte monet, atque hoc Africani reſponſum temperat Cujac. 2. *ad African.* Conſilium hoc prudentum fuit, a quibus excogitata quoque eſt cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris ſubſtitutionis etiam filio emancipato ſubſtituatur. *l. cum ex filio.* 39. *hoc tit.* add. Duar. *ad hunc. tit. cap.* 14. Non ſatis autem eſt, liberos in poteſtate eſſe, niſi ſimul proximum in familia teſtatoris gradum obtineant, hoc eſt, ſui hæredes ſint teſtatori: nam ſi, verbi cauſa, pater nepotem antecedat, non poterit avus huic nepoti pupillariter ſubſtituere, quia poſt mortem avi recaſurus eſt in poteſtatem patris ſui, *d. l.* 2. *in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, teſtamentum facere non poſſit, aut hæredem ex teſtamento habere: ſed quia filiusfam. cui nec puberi teſtamenti faciendi jus eſt, & de cujus ſucceſſione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, ſubſtitui poteſt, *d. l.* 2. *in pr.* ut ſic avus teſtetur; *Filius hæres eſto. Si filius me vivo ſuus hæres eſſe deſierit, tum qui mihi ex eo nepos eſt, hæres eſto. Si nepos hæres erit, & intra pubertatem decedat. Sejus hæres eſto.* Quæ nepotis inſtitutio fit ex ſecundo cap. legis Vellejæ. *l. Gallus.* 29. §. *ſequenti.*
2 13. *de lib. & poſt.* De illo quæritur, utrum ut ſubſtitutio pupillaris valeat, neceſſe ſit liberos in poteſtate eſſe utroque tempore, & quo fit ſubſtitutio, & quo pater moritur, an vero tales eſſe ſufficiat ſaltem tempore mortis? Accurſ. Bart. *in d. l.* 2. & vulgo interpp. Graſſ. § *ſubſtitutio.quæſt.* 23. *num.* 5. ſufficere credunt, qualitatem illam adeſſe tempore mortis. Doctiſſimi Juriſconſulti ſuperioris ævi, Polit. Zaſ. Govean. *in d. l.* 2. Vigl. *hic. num.* 7. Covar. *in cap. Raynut. de teſtam.* §. 5. *num.* 2. Duar. *comm. ad hunc tit. cap.* 14. Don. VI. *comm.* 25. contra utrumque tempus ſpectandum contendunt, tam id, quo fit ſubſtitutio, quam quo teſtator moritur: quibus aſſentior. Nam & verba juris de hac ſubſtitutione conſtituti conferuntur in tempus præſens ſubſtitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad conſtitutionem alicujus actus, ea ineſſe debet eo tempore, quo actus geritur, *l. ſi alienum.* 49. §. 1. *de hær. inſt.* §. *in extraneis.* 4. *inſ. de hær. qual.* tritumque eſt, quod ab initio non conſiſtit, ex poſtfacto non poſſe convaleſcere. Accedit præterea textus ſatis clarus in *l. cohæred.* 41. §. 2. *hoc tit.* Verba ſunt; *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, ſubſtitutio pupillaris ſit irrita.* Quibus verbis Juriſconſultus aperte ſignificat, præter tempus mortis aliud quoque eſſe, quo oporteat impuberes eſſe in familia: hoc autem tempus non aliud intelligi poteſt aut debet, quam id, quo fit ſubſtitutio. Pro contrariæ ſententiæ firmamento adducitur, *d. l.* 2. *in fin. pr.* ubi ſic Ulpian. ſcribit, *Sed ſi extraneum quis hæredem ſcripſerit, poterit ei ſubſtituere, ſi modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente.* Ex hoc loco Accurſ. & Bart probari putant, ſatis eſſe ad pupillarem ſubſtitutionem, ſi vel tempore mortis tantum in poteſtate reperiatur is, cui ſubſtitutio facta eſt. Mihi vero contrarium hoc ipſo loco non obſcure ſignificare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari, quam ſubſtitutio fiat: ait enim *poterit ei ſubſtituere, ſi eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut 4
autem locus planius intelligatur, licebit paulo altius rem repetere. Docuerat Juriſconſultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tuto in primum caſum ſubſtitui poſſe, hoc eſt, ita ſubſtitui, ut non evaneſceret ſubſtitutio; nimirum eos vel inſtitui oportere vel exhæredari, ne in locum ſuorum hæredum ſuccedentes, (quo uno caſu effectum habet ſubſtitutio,) præteriti rumpant teſtamentum, & per conſequens extinguatur pupillaris ſubſtitutio. Inſtitui autem oportere ex conſilio & formula legis Vellejæ: aliter inſtitutum haberi pro præterito. Mox ſubjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ inſtitui nihil neceſſe eſſe, vulgarique ſaltem modo inſtitutum & ſuccedentem poſtea in locum ſui hæredis non rupturum teſtamentum. Quæ eſt ſententia *l. filio.* 23. §. 1. *de lib. & poſt.* ac proinde extraneo impuberi hæredi vulgariter ſubſtituto, & poſtea in locum nepotis quaſi ex filio adoptato, recte, (poteſt enim & ex intervallo hoc fieri, *l. ſi quis.* 36. §. 1. *hoc tit.* ſubſtitui: eam quippe inſtitutionem ſufficere, ne ſucceſſione, quaſi præteritus, rumpat: cum ſi poſt adoptionem inſtitutio facta ſit, non aliter ea valeat, quam ſi facta fuerit ex formula legis Vellejæ: ſive enim nepos, quem pater antecedit naturalis ſit, ſive adoptivus, ſemper ex præſcripto legis Vellejæ inſtitui debet, alioqui præteritus cenſetur. Qua de re abunde dictum in exegeſi §. 2. *ſup. de exhær. lib.* Cum igitur hic quæratur de eo, qui extraneus ſit, non tempore ſubſtitutionis, ſed inſtitutionis: tantum abeſt, ut hic locus confirmet contrariam ſententiam, ut eam etiam refellat. Non poſſum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam aperte & verbis & menti Juriſconſulti ac rationi juris per omnia con-

convenit, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipſe pro tuenda communi ſententia affert, nihil aliud eſſe, quam meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit.

Veluti ſi quis, &c.) Formula mixtæ & gemellæ ſubſtitutionis, quæ a Modeſtino duplex dicitur, quia utrumque caſum complectitur, & ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris, *l.*1.§.1. *hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile eſt, qui ſibi & liberis ſuis in utrumque caſum proſpectum vellent, ex conſilio Juriſconſultorum disjunctiva hac formula uſi fuerunt; vel quia ex plurium ſententia ſubſtitutio non operabatur ultra caſum expreſſum, vel quia ob diverſitatem ſententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Poſtea autem Impp. Marci & Severi conſtitutione introductum, ut ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe in-
5 telligeretur, *l.* 4. *in pr. eod.* Primum igitur, quod poſitum eſt extra omnem controverſiam, vulgari caſu expreſſo continebitur etiam pupillaris; veluti ſi pater impuberi filio hæredi inſtituto ita ſubſtituat, *Si filius hæres non erit. Titius eſto.* Hic enim placet Titium etiam in hunc alterum caſum *& ſi filius hæres erit, & impubes deceſſerit*, tacite ſubſtitutum videri *d.l.*4.*in pr.* niſi voluntas teſtatoris aperte refragetur. *l.*4.*C.eod.* Etenim quod pupillaris ſubſtitutio hic quoque admittitur, id fit ex ſola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credibile ſit, eum, qui aliquem ſibi hæredem eſſe voluit, ſi filius non eſſet, voluiſſe quoque eundem eſſe hæredem filio, ſi filius hæres eſſet, & intra pubertatem moreretur: utroque enim caſu pariter ſubſtitutum dilexiſſe videtur, nec ſibi magis proſpexiſſe, quam impuberi filio: cui etiam utile eſſe creditur, hæredem a patre accipere. *l. Julianus* 42. *de acq. hær.* In voluntate autem teſtatoris manifeſte contraria hujuſmodi conjecturis non utimur. Quapropter ſi ille vel nominatim alium in ſecundum caſum ſubſtituit, vel in conditione vulgaris ſubſtitutionis perſonam comprehendit, cui pupillariter ſubſtitui nequeat, hic qui in primum caſum ſubſtitutus eſt, minime intelligi debet ſubſtitutus quoque eſſe in caſum ſecundum, contra manifeſtam voluntatem teſtatoris, qui aut expreſſe in ſecundum caſum ſubſtitutum dedit, §.3.*inſ.eod.* aut in conditione ſubſtitutionis eum adjecit, cui in ſecundum ſubſtitui non poteſt; quod cum fit, palam eſt teſtatorem in eum duntaxat caſum ſubſtitutionem feciſſe, quo utrique hæredum ſubſtitui poterat, *d.l.* 4. §.2.*l. Lucius.* 45. *hoc tit. d. l.* 4. *C.eod.* Porro etiam vice verſa expreſſo caſu ſubſtitutionis pu-
6 pillaris dicimus contineri & caſum vulgaris Ceterum hic nobis litem movent Polit. *de ſubſt. pupill. quæſt.* 8. *n.* 39. Vigl. *hic. n.* 19. Ant. Fab. *dec.* 32. *err.* 9. *&* 10. pauci, (quanquam nonnullos alios Viglius laudat,) ſed magni viri. Hi multis in contrarium diſputant, ac ſerio contendunt, in ſubſtitutione pupillari expreſſa vulgarem tacite nunquam contineri. Nos quidem numero interpp. nobiſcum ſentientium longe ſuperiores ſumus, ſed hoc parum eſt, niſi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipſis conſtitutionis Impp. Marci & Severi relatis a Modeſtino *d.l.*4. *in pr.* quæ hæc ſunt; *cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque &c.* Non ait Juriſconſultus, *cum pater in primum caſum*, quomodo Impp. loqui debuerant, ſi tantum in vulgari caſu expreſſo pupillarem contineri ſignificare voluiſſent, ſed *cum in alterum caſum*, hoc eſt, unum ex duobus, ſine ulla diſtinctione, primus an ſecundus tantum expreſſus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejuſdem Modeſtini in terminis quæſtionem hanc proponentis & decidentis in *d.l.*4. §.2. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem utroque hærede inſtituto puberem impuberi ſubſtituit in eum caſum, quo impubes hæres exiſteret, & intra pubertatem moreretur, ait Juriſconſultus, hoc caſu fratrem puberem in utrumque eventum ſubſtitutum videri. Quod autem in fine ejuſdem reſpondi monet, ad evitandam omnem quæſtionem cautius facturum patrem, ſi in utrumque caſum expreſſe impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quod in ſpecie mutuæ ſubſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum uterque alteri ſubſtituitur, filius impuber puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum duntaxat caſum, hoc eſt, in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantum, hoc eſt in pupillarem videri debeat impuberi ſubſtituiſſe: at hujuſmodi quæſtioni poſt D. Marci conſtitutionem locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni duntaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter ſive ſolum in primum, ſive ſolum in ſecundum caſum. Denique a ratione non magis alienum eſt, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod ſubſtitutus in ſecundum caſum videatur etiam ſubſtitutus in primum, quam quod in primum ſubſtitutus intelligitur quoque ſubſtitutus eſſe in ſecundum. Imo fortior voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc, quod etiam D. Chriſtin. *vol.*IV. *deciſ.*15.*n.*4. notat. Nam cum pater filium hæredem inſtituit, quem etiam ſperat ſibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus eſt, conſecuturum, eum, quem filio hæredi facto ſubſtituit, & ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe etiam filio hærede non exiſtente ſibi hæredem eſſe in ſuis ſolius bonis: quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quam in ſuperiore, quanto magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quem una cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expreſſe ſibi tantum hæredem fecit. Ex quo vel ſolo nullo negotio refelli poſſunt rationes eorum, qui contra ſentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, niſi quod Ant.Faber nobis objicit Javolenum in *l.paterfam.*28.*de reb. auct. jud.poſſ.* quo tamen loco longe aliam quæſtionem Juriſconſultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in ſubſtitutum impuberis, qui patris ſe hæreditate abſtinuit, actio detur, ſive an ſubſtitutus æs alienum patris agnoſcere & creditoribus ejus reſpondere teneatur; an vero hæreditates, quas nuda exiſtentia poteſtate juris civilis conjunxit, poſſit ſeparare? Quod ſi inde colligit Faber, ſubſtitutum impuberi in caſum pupil-

pil-

pillarem, pupillo abſtinente, hæreditatem patris adire non poſſe vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris, nec legitimos hæredes, abſtinente pupillo, poſſe patris hæreditatem cernere. Et quidni præſupponendum eſſe dici poſſit, in quæſtione a Javoleno propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſte damnoſam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? Ac mihi quod ad iſtam quæſtionem attinet, idem ſenſiſſe videtur Javolenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur a Marcello & Ulpiano, *l. Julianus 42. de acq. hær.* Agitata fuit quæſtio noſtra jam olim in judicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii cujuſdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilian. *lib.* VII *inſt. orat. c.7.* meminerunt. Coponius poſtumum hæredem inſtituerat, eique, ſi antequam in tutelam ſuam veniret, deceſſiſſet, Curium hæredem ſubſtituerat. Cum poſtumus natus non eſſet, exorta de hæreditate controverſia eſt inter hæredes teſtatoris legitimos & ſubſtitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum eſſe factum, quoniam Curius ita ſubſtitutus erat poſtumo: ſi poſtumus impubes moreretur; jam vero poſtumum ne natum quidem eſſe, ac proinde defeciſſe conditionem ſubſtitutionis. Mucio contradixit L. Craſſus, atque iiſdem argumentis, quibus nos uſi ſumus, probavit centumviris, M. Curium nihilominus ex ſubſtitutione hæredem eſſe oportere. Quod judicium, ut communem ſententiam vindicat ab illis, quas Vigl. & Fab. proferunt, abſurditatibus, ita ipſum, cum res adhuç dubia maneret, propter auctoritatem, ut credibile eſt, Q. Mucii, conſtitutione Impp. Marci & Severi confirmatum eſt. Plane in ſubſtitutione exhæredato facta eandem interpretationem non eſſe admittendam facile concedam.

Quam in ſuam tutelam venerit) Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem ſignificabant, hoc eſt, eam, quæ tutorum poteſtati ſubjecta eſt: nam pubertate tutela finitur; & poſt eam ætatem adoleſcens ſuæ tutelæ eſſe incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi ſæpe, tum *lib.* I. *de Orat.* & *lib.* II. *de invent.* Noſtri paſſim, Javolen. *l. cum ex filio 39. hoc tit.* Nerat. *l. pater filio 54. de hær. inſt.* Julian. *l.* 8. §. I. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Paul. *l. ſi filiafam.* 51. *de legat.* 3. Prætor in edicto ſuo *l.* 5. §. 2. *quib. ex cauſ. in poſſeſſ.*

8 *Siquidem non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri ſit hæres*) Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non exiſtat, & ſubſtitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat? An tunc ſolum, cum pupillum ante patrem defungi contingit, an vero etiam tunc, cum patri ſuperſtes paterna hæreditate abſtinet? Et Theophilus quidem ſcribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc ſolum ſubſtitutum venire & patri hæredem fieri, cum filius vivo adhuc patre mortuus eſt. Ego vero cenſeo, etiam tunc, cum impubes patri ſupervixit, & expreſſe bonis paternis ſe abſtinuit, poſſe ſubſtitutum defendere ex ſubſtitutione patris hæreditatem ſibi delatam, conditionemque hanc, *Si hæres non erit*, ex mente teſtatoris explicandam, ut ea extitiſſe intelligatur, non cum quis nudo nomine tenus, ſed re ipſa & cum effectu hæres factus eſt. Sic Juriſconſulti in *l. non ſolum 67. de rit. nupt. l. ſi poſt. 68. de legat.* I. aperte negant, filium, qui ſe abſtinuit, hæredem extitiſſe. Nam licet etiam is, qui ſe abſtinuit, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non eſſe ſine hærede, qui ſuum hæredem, licet ſe abſtinentem, habet; *l. cum quaſi 30. §. ſed & ſi 10. de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam ſua habeat effecta: *l. 12. hoc tit. l. filius 41. cum l. ſeq. l. ult. de acq. hær. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* tamen in propoſito nudum nomen hæredis ſive nudam illam exiſtentiam conſiderari non oportet: alioqui nullo modo vulgariter ſuo hæredi ſubſtitui poſſet. Et cum, ut docuimus initio *tit. præced.* conditio iſta, *Si hæres non erit*, etiam caſum noluntatis contineat, & conſequenter tanquam conditio poteſtativa neceſſitatem tollens filium hac in re ad inſtar redigat hæredis voluntarii, per *l. 4. in pr. l. jam dubitari 86. de hæred. inſt. l. 12. de cond. inſt.* ut jam pro conceſſa ſibi a patre poteſtate ſuo arbitrio velle aut nolle poſſit, & citra beneficium prætoris jure civili ſe abſtinere; ſane in caſu noſtro hæreditas pro acquiſita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si vero extiterit hæres filius) Videamus item quando filius patri hæres extitiſſe intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo hæres ei fiat pupillariter ſubſtitutus. Et certi juris eſt, ſi filius deceſſerit poſt immixtionem, ſubſtitutum admitti hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris ſit, ſi filius mortuus ſit non declarata voluntate ſua ſuper immixtione aut abſtentione. Verum illud belliſſime quæritur, an etiam filio, qui expreſſe abſtinuit, intra pubertatem mortuo, ſubſtituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda ſui hæredis exiſtentia confirmentur tabulæ patris & pupilli? Dixeris enim, nudam exiſtentiam vim iſtam habere non poſſe ac proinde ſubſtitutum in propoſito excludi: quem ſi admittimus, nudæ exiſtentiæ tribuimus vim aditionis: cui conſequens hoc abſurdum eſt, ſuo hæredi fruſtra in vulgarem caſum ſubſtitui, cum vulgaris ſubſtitutio adita hæreditate expiret. Ad hæc cum dicamus, in ſubſtitutione vulgari verba hæc, *Si filius hæres non erit*, ex mente ſubſtituentis patris ſic accipienda eſſe, ſi immiſcere ſe paternæ hæreditati noluerit, etiam ex contrario quæ ſunt pupillaris ſubſtitutionis, *Si filius hæres erit*, ſic accipi oportebit, ſi bonis patris ſe immiſcuerit, ut utrobique immixtio, non nuda exiſtentia, cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum eſt, ſi duo fuerint a patre inſtituti cum filio impubere, eidemque ſubſtituti, neceſſe eſſe ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hæreditatem patris adire, *l. 11. §. 1. ad ſen. Treb.* Ceterum quominus ita ſtatuamus, impedimur textu expreſſo *l. 12. hoc tit.* item his locis, *l. Julianus 42. de acq. hær. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* ubi diſputant Juriſconſulti, an pupillo, qui abſtinuit bonis patris, mortuo, ſubſituto concedi debeat ſeparatio bonorum patris & filii, ut ex ſubſtitutione pupilli tantum hæreditatem adeat? ſtulte & inepte, ſi ſubſtitutus abſtinente pupillo nullo modo ex ſubſtitutione venire poteſt. Dicendum ergo omnino eſt, etiam in caſu præſenti, dum pupillus abſtinuit, ex ſub-

ſubſtitutione pupillari hæreditatem deferri ſubſtituto, nudæque ſui hæredis exiſtentiæ vi confirmari tabulas pupillares; quod etiam perſpicue probat *l. ex contractu* 44. *de re jud. l. filius* 41. *de acq. hered.* Nec vero adeo abſurdum videri debet, quod in ſubſtitutione pupillari vim aditionis tribuimus exiſtentiæ; in vulgari autem non nudæ exiſtentiæ, ſed immixtioni: non enim neceſſe eſt, ut nomen hæredis aut exiſtentiæ in utriuſque ſubſtitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari ſubſtitutione patrem his verbis, *Si filius mihi heres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus ſit, cogitaſſe: ratio tamen juris & favor pupilli poſtulant, ut ſola exiſtentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & ſuſtineantur tabulæ pupillares. Plane ſi filio datus ſit cohæres extraneus, vulneratur ſuitas, ut loquitur Porc. *ad tit. de Attil. tut.* atque hic quia vires teſtamenti a cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & ſubſtitutionis pupillaris non ſufficit filium ſola poteſtate juris pro parte ſua hæredem extitiſſe, ſed ſi hic ſe abſtinuerit, ut tabulæ valeant, neceſſe eſt, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l.* 11. §. 1. *ad Sen. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim ſui hæredis nuda exiſtentia quæ fit ἐν ἀτόμῳ & ipſo momento mortis paternæ, non poteſt in ſolidum confirmare teſtamentum, ubi eodem tempore adeſt hæres alius, qui adire poteſt, vid. Bart. *in l.* 12. *hoc tit.* & *d. l.* 11. §. 1. *ad Treb.* qui meo judicio felicius hæc expedit, quam vel Cujac. XXVI. *obſ.* 1. vel Ant. Fab. *dec.* XXXI. *err.* 8. add. Bachov. *in Treutl. vol.* II. *diſp.* 12. *theſ.* 3.

Ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus) Et in tantum ſuccedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, ſive a patre obvenerit, ſive quæſitum aliunde. Teſtamentum enim pupilli hic eſt, in quo teſtator non ſuis bonis, ſed impuberis hæredem ſubſtituit, *l. ſed ſi* 10. §. *ad ſubſtitutos* 5. *hoc tit.* Excipitur ſubſtitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex ſubſtitutione pertinere poteſt, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adro-
10 gatoris, *d. l.* 10. §. *in adrogato.* 6. Quia vero ex notiſſima ratione juris, quamdiu ex teſtamento defertur hæreditas, aut ſaltem ſpes eſt fore, ut deferatur, hæredes ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, certum eſt legitimos pupilli hæredes, id eſt, eos omnes, qui citra ſubſtitutionem pupillo ab inteſtato ſucceſſuri fuiſſent, a ſubſtituto hæreditatem admittente excludi; & conſequenter etiam matrem pupilli: quanquam de ea ratio eſt, cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quod a liberis præterita teſtamentum eorum inofficioſum dicere poſſit, aut ex *Nov.* 115. ipſo jure evertere, utique ſi vera eſt communis opinio; quod nunc non diſputo. Cum igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per ſe teſtamentum faciunt, videri poteſt idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipſi ſibi, ſed pater, eis teſtamentum faciat: nam quod quis ex perſona & nomine alieno faciat, majorem vim habere non poteſt, quam haberet, ſi ille ipſe id feciſſet, cujus nomine factum proponitur, *l. minor.* 51. §. 1. *de proc. l.* 13. §. *pen. de damn. inf. l.* 10. *C. de hær. inſt. c. quod per alium de reg. jur. in* 6. *cum ſimilib.* Contrarium tamen diſerte ab Ulpiano reſponſum *l.* 8. §. 5. *de inoff. teſt.* eſt, nempe matrem impuberis non poſſe teſtamentum inofficioſum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc ſignificare voluit Juriſconſultus, querelam inofficioſi teſtamenti hoc colore inſtituendum quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit: hujus autem rei pupillum argui non poſſe, qui ipſe teſtamentum non fecit, uxori vero contra mariti teſtamentum querelam non competere: quæ ratio etiam admiſſa communi DD. opinione accommodari poteſt ad jus novum: quicquid enim novi juris a Juſtiniano conſtitutum eſt, id eo tantum pertinet, ſicut ipſe teſtatur, ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri a pupillo illata. Neque vero pater, cum liberis ſuis teſtamentum facit, teſtatur ex perſona & nudo nomine liberorum, ſed jure proprio atque ex perſona ſua, vi ſcilicet & poteſtate juris patrii. Hoc ipſum manifeſte quoque confirmat *l.* 9. *C. hoc tit.* quo loco Juſtinianus prohibet admitti querelam contra ſubſtitutionem mente capti, idque ait ſe conſtituere ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris. Negata 11
querela, conſequens omnino eſt, matrem a ſubſtituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque conſtitutione Bonifacii VIII. nominatim expreſſum eſt *cap.* 1. *in fin. de teſt. in* 6. *Licet filius*, inquit Pontifex, *teſtamento ſuo matrem portione jure naturæ debita privare non poſſit: pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt.* Bocerus *comment. ad hunc* §. putat, matrem, etſi per querelam reſcindere teſtamentum non poteſt, alia tamen via legitimam conſequi poſſe, nimirum condictione ex lege; quoniam generaliter cautum eſt, ex bonis liberorum matri legitimam eſſe relinquendam, *l. omnimodo.* 30. *l. quoniam* 32. *C. de inoff. teſt. Nov.* 1. *in pr.* Sed jam probavimus, id verum eſſe, quando liberi ipſi teſtantur, non cum pater pro ſuo jure iis teſtamentum facit. Neque aſſentiri poſſum Menochio, qui *lib.* IV. *præſumpt.* 38. exiſtimat, excludi quidem matrem a legitima, quantum ad bona patris attinet; non autem quoad bona filii; ſiquidem pater in teſtamento, quod filio impuberi facit, non tam de ſuis, quam de impuberis bonis diſponit, & exhæredato quoque dat ſubſtitutum. Atque illud omnino fixum eſſe debet, qui ſuo jure queri de inofficioſo non poteſt, quamvis ex teſtamento nihil conſecutus ſit, eum nec petere poſſe legitimam, ut bene diſputat Fachin. *lib.* IV. *contr.* 42. & eſt communis hæc opinio, Gomez. 1. *reſ.* 4. *n.* 7. Vaſq. *lib.* II. *de ſucc. prog.* §. 11. *n.* 24. Graſſ. §. *ſubſtitutio. qu.* 12. *n.* 5.
Porro ſi hoc obtinemus in ſubſtitutione pupillari ex- 12
preſſa, nulla ratio eſt, cur non idem ſtatuamus in tacita, quæ vulgari expreſſa continetur. Nam cum ex conſtitutione Impp. Marci & Veri hic non minus teſtamentum atque ex eo hæredem pupillus habeat, quam ſi expreſſe in caſum quoque pupillarem ſubſtitutum accepiſſet, ratio juris efficit, ut nemo, ſive mater ſit, ſive quis alius, ad legitimam pupilli ſucceſſionem venire poſſit, aut per querelam teſtamentum evertere. Quæ ſententia etſi a DD. comm. improbata eſt, tamen aperte ſatis confirmatur a ſenſu contrario *in l.* 2. *C. h. t.* in qua Impp. reſpondent, ideo in ſpecie illic propoſita matrem admitti, quia teſtator

filio

filio impubere, & aliis quibuſdam perſonis non ejuſdem conditionis hæredibus inſtitutis & invicem ſubſtitutis, non intelligitur ſenſiſſe de alio caſu, quam qui in omnium perſona locum habere poteſt, id eſt, de vulgari tantum: quo non obſcure ſignificatur, ſi perſonis omnium uterque caſus conveniret, aliud reſpondendum eſſe: quo etiam faciunt *l. Lucius* 45. *h. t. l.* 4. *C. eod.* Sed duo loci hic nobis objiciuntur, *l. precibus* 8. *C. h. t. l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* Ad priorem expedita reſponſio eſt, conſtitutionem D. Marci non pertinere ad teſtamentum militis, de quo loquitur *d. l.* 8. quippe militum teſtamenta non reguntur legibus aut conſtitutionibus; ſed ex nuda ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt, voluntate æſtimantur, *l.* 6. *C. de teſt. mil.* ut proinde in horum teſtamentis vulgaris expreſſa non contineat tacitam pupillarem: idemque eſſet, etſi non mater in ſpecie illic propoſita, & deciſa, ſed frater aut alius pupilli legitimus heres fuiſſet. In *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* hic caſus proponitur; Teſtator poſtumum & uxorem hæredes ſcripſit, & ſi poſtumus natus non eſſet, Mævium ſibi hæredem eſſe voluit. Natus eſt poſtumus, & impubes ſuperſtite matre deceſſit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis eſſe quæſtionem, & matrem potius, quam ſubſtitutum, ad ſucceſſionem impuberis admittendam: & ſecundum eos Juſtinianus quæſtionem ſic decidit, ut nolit, ſubſtitutionem iſtam vim tacite pupillaris habere adverſus matrem, id eſt, ſi poſtumus natus impubes viva matre deceſſerit: ſin illa prior mortua ſit, valere adverſus ceteros. Quis vero non videt, hujus conſtitutionis ſpeciem & rationem ſingularem eſſe, ac proinde non facile ad alios caſus porrigendam? Oſtendunt hoc verba *in hac ſpecie, in hujuſmodi caſu*, & quo colore alioqui Pap. & Ulp. poſt conſtitutionem D. Marci voluntatis hic eſſe quæſtionem reſpondiſſent? Credibile autem eſt, Juriſconſultos & Imp. in caſu, ut propoſitus eſt, conſideraſſe primum, quod mater ex parte hæreditatis, & ipſa inſtituta fuit, poſtumoque cohæres data, etſi poſtumum naſci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod ſcilicet teſtator uxorem ſuam, quam ita dilexit, ut eam ſibi quoque cum filio hæredem eſſe voluerit, minime credendus ſit voluiſſe excludere a luctuoſa hæreditate filii. Deinde quod ſubſtitutio facta proponitur, non in caſum illum generalem & germanum ſubſtitutionis vulgaris: *Si filius poſtumus heres non erit*; ſed in caſum ſpecialem, & nominatim in hunc, *Si poſtumus natus non erit*. Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio eſt, & præſertim cohæres poſtumo data, hunc caſum, *ſi poſtumus natus non erit*, trahendum eſſe ad oppoſitum: *ſi poſtumus natus fuerit, & impubes deceſſerit*; ne fiat contra voluntatem teſtatoris, qui non videtur eum, quem poſtumo ſubſtituit, & ſibi hæredem deſignat nominatim in eum caſum, quo poſtumus natus non fuerit, & quo exiſtente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi poteſt, etiam in contrarium caſum, ſi natus fuerit poſtumus, & viva matre deceſſerit, ipſi poſtumo hæredem eſſe voluiſſe, excluſa matre a luctuoſa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro ſubſtituto ſemper reſpondendum eſſe, etiam cum mater in medio eſt, ſive de expreſſa, ſive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non poteſt, voluntatem teſtatoris refragari: ita & Vigl. *hic.* Don. *ad l.* 8. *C. h. t.* Vaud. 1. *qu.* 44. Ant. Fab. XV. *conj.* 9. *& ſeqq. & dec.* 33. *err.* 5. lat. Vaſq. 11. *de ſucc. prog.* §. 15. *n.* 55. *& ſeqq. diſſ.* Gloſſ. & DD. comm. *in d. l.* 8. Gomez. 1. *reſ.* 4. *n.* 8. Covar. *in cap. Raynutius. x de teſt.* §. 4. *n.* 6. Fachin. IV. *contr.* 40. *&* 41. D. Tulden. *comm. hic cap.* 3. *& ad C. h. t.* Perez. *ibid. n.* 26. *&* 27. Criſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 15. *n.* 5. ubi etiam refert, Supremum Senatum Mechlinienſem aliquando cenſuiſſe, per ſubſtitutionem pupillo factam, ne expreſſam quidem, matrem hodie legitima privari poſſe: ſed hoc opinor ex eo eſt, quia in Belgio, utique in pleriſque Belgii provinciis, ſubſtitutioni pupillari plane non eſt locus: de quo pluſcula ſub §. *ult. inf. eod.*

Moribus inſtitutum) Vulgaris ſubſtitutio confirmatur lege 12. tabb. his verbis; *Uti quiſque legaſſit ſuper pecunia ſua.* Pupillaris ad eam legem non pertinet; quippe in qua pater non de ſua pecunia ſuiſve bonis, ſed alienis, id eſt, filii diſponit, *l.* 10. §. *ad ſubſtitutos.* 5. *hoc tit.* ſed ſubſtitutio hæc moribus introducta eſt, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* & quod patri lege 12. tabb. permiſſum erat in tutela, ut liberis impuberibus in poteſtate conſtitutis teſtamento tutorem daret, hoc conſuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipſi teſtamentum facere non poſſunt, teſtamento hæredem dare, continuata vi patriæ poteſtatis etiam quantum ad bona liberorum attinet, poſt mortem patris uſque in eam ætatem, qua jam ipſi liberi ſibi teſtamentum facere poſſent, id eſt, uſque ad eorum pubertatem, qua adveniente ſubſtitutio expiraret. Atque hoc ipſum in gratiam ipſorum impuberum introductum eſt, 13 quibus non ſolum honorificum ſed etiam utile viſum, hæredem teſtamentarium & eum, qui patris judicio datus eſſet, habere, *l.* 42. *de acq. hær.* Ob id autem potiſſimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum inſidiis minus expoſita ſit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei ſucceſſor futurus ſit, propter quam cauſam cavere olim patres ſolebant, ne pupillares tabulæ vivo adhuc & impubere filio aperirentur, §. *ſin autem* 3. *inf. eod.* Vinn. Vulgo quidem negant pupillarem ſubſtitutionem eſſe ex XII. tabulis propter *l.* 2. *pr. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitution.* ubi ejus origo MORIBUS adſcribitur, quum contra vulgaris diſerte ex XII. Tabulis manaſſe dicatur in *l.* 10. §. 5 *ff. eod.* Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex XII. tabulis eſſe, quum in illas migraſſe *παντας τους πατριους εθισμους* vel *αγραφους εθισμους*, teſtetur Dionyſ. Hal. *lib.* II. *p.* 96. *& lib.* X. *p.* 676. Sanxerant Decemviri: *Paterfamilias uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua rei, ita jus eſto.* RES ratione patris erant & liberi, qui & mancipari poterant Caji *Inſtit. lib.* I. *tit.* 6. §. 3. & vindicari *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* quin iis ſurreptis locum habebat actio furti. *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Quemadmodum itaque tutela teſtamentaria eſt ex XII. tabulis, quia paterfamilias poteſt *legare de tutela ſua rei*: ita ejuſdem originis erit pupillaris ſubſtitutio, quia

Decemviri patrifamilias conceſſerant *legare ſuper pecunia ſua rei*. Hein.

Textus.

De ſubſtitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati, etiam conſtitutionem poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectum eſt, ut ſi qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuſcumque ſexus vel gradus, licet eis, etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, certas perſonas ſubſtituere: ſin autem reſipuerint, eamdem ſubſtitutionem infirmari ſancimus: & hoc ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, qua poſtquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

Notæ.

1. *Conſtitutionem*) *l. 9. C. de impub. & al. ſubſt.* olim opus erat ſpeciali privilegio, *l. 43. hoc tit.*

Ut ſi qui habeant filios) Licet non habeant in poteſtate, *d. l. 9.* ibi, *qui vel qua, teſtatori vel teſtatrici.*

Commentarius.

1. *Qua ratione & conſilio exemplaris ſubſtitutio introducta?*
2. *Utroque parente ſuperſtite & exemplariter ſubſtituente, patris potius, quam matris ſubſtitutionem ratam eſſe.*
3. *Subſtitutionem exemplarem etiam ad furioſos & prodigos, adeoque ad mutos & ſurdos quoque poſſe porrigi.*
4. *Etiam impuberibus mente captis & a patre, in cujus poteſtate ſunt, exemplariter recte ſubſtitui.*
5. *Eum quoque, qui exemplariter vult ſubſtituere, debere ſibi prius teſtamentum facere.*
6. *Si plures ſint mente capto liberi vel fratres, poſſe vel unum ex his ſubſtitui.*
7. *An etiam exhæredatis exemplariter ſubſtitui poſſit?*
7. *An ſubſtitutio exemplaris per reſipiſcentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo?*

Hoc §. agitur de ſubſtitutione mente capti, quæ pupillari ſubſtitutioni finitima eſt, atque ejus ſpecies quædam imperfecta: unde a nonnullis quaſi pupillaris dicitur. Veteres interpp. exemplarem vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta eſt. Sciendum vero, ante tempora Juſtiniani neque lege, neque moribus licuiſſe parentibus liberis ſuis puberibus teſtamentum facere ſive ſubſtituere prætextu vitii alicujus ſive animi ſive corporis, ob quod ipſi teſtamentum facere non poterant, niſi, ut id ſibi liceret, ſpecialiter a Principe impetraſſent, *l. ex facto 43. hoc tit.* quod quia vel non ſemper impetrari, aut non ſine magna moleſtia poterat, humanum tamen videbatur, Juſtinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario commune, data parentibus poteſtate, quantumvis non impetrata a Principe licentia, liberis ſuis mente captis, licet puberes ſint, ad eum modum ſubſtituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi ſubſtituere poterat, nimirum in eum caſum, quo hæredes exiſterent, & in eadem conſtitutione mentis decederent, *l. humanitatis 9. C. hoc tit.* Utriuſque hujus ſubſtitutionis ſimilitudo & diſſimilitudo oſtendetur in progreſſu.

Qua ratione) Nimirum eadem illa, quam modo dixit cauſam fuiſſe comparandæ atque in mores inducendæ ſubſtitutionis pupillaris. Hoc enim ſignificat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus teſtamentum facerent, quia ſcil. liberi ipſi propter ætatem ſibi facere non poterant, ſe excitatum permiſiſſe parentibus ſubſtituere liberis etiam puberibus qui non ſanæ mentis ſunt, & ob eam cauſam ipſi teſtari non poſſunt. Vinn. At non plane eadem eſt ſubſtitutionis ratio. *Pupillaris*, enim αμεσως nititur patria poteſtate; *exemplaris*, ςοργη illa parentum naturali. Quare illa fit a ſolo patre, hæc ab utroque parente. Hein.

Ut ſi qui) Sine diſtinctione ſexus aut gradus aut poteſtatis parentum; ne quis ex ſimilitudine ſubſtitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat; qui liberos habent in poteſtate. Subſtitutio enim hæc non ex ratione aliqua juris civilis, ſed ex ſola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta eſt, quæ eadem eſt in omnibus parentibus, *d. l. 9.* quod tamen timidius diceremus, niſi ipſis legis verbis parentibus omnibus eadem poteſtas tribueretur; *parenti, qui vel qua teſtatur; teſtatori vel teſtatrici*. Poterit igitur & mater hoc modo ſubſtituere, & avia, & pater filio emancipato. Quod ſi mente capto uterque parens ſuperſtes ſit, rationi juris conſentaneum eſt, ut patris potius, quam matris ſubſtitutio rata ſit, ut recte Vasq. *lib. 11. de ſucc. prog.* §. 17. *n.* 39. & *ſeqq.* Don. VI. *comm.* 27. quamvis receptum magis, ut cujusque ſubſtitutio valeat in bonis ab eo profectis, teſte Sichardo in *d. l. 9. n.* 8. quod etiam probant D. Perez. *in C. hoc tit. n.* 31. & D. Tuld. *in comm. hic c.* 10. Sed hoc neque naturæ hujus ſubſtitutionis communi cum pupillari videtur convenire, nam utraque fit bonis liberorum omnibus; & inſolens eſt, aliquem cum duobus teſtamentis decedere: quanquam fortaſſis ſubtilitatem iſtam mores hodierni non usque adeo curent. Atque hæc eſt prima hujus ſubſtitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos) Furioſum quoque mente captum eſſe, id eſt, lumine mentis carere, certum eſt. Sed uſu veterum mente captus a furioſo diſtingui ſolet, & furioſus dici, qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis eſt, nulla fere ſigna oſtendens extrinſecus; & dementia plerumque vitium naturale eſt ac perpetuum; furor ſæpe remiſſionem ac intervalla morbi & ſanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto conſtituta ſunt, ad furioſum per interpretationem ſint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. & *d. l. 9.* incidit, propterea quod utrobique mente capti tantum Juſtinianus meminit. Et vero poteſt aliquando juſta eſſe cauſa dubitandi, veluti cum D. Marcus permiſiſſet filio mente capto uxorem ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque

que ad furioſi filium porrigendum eſſet ; quoniam in mente captis nullæ ſunt morbi induciæ , furioſi autem plerumque intervallis quibuſdam ſenſu ſaniore ſunt, quod tempus expectandum videri poterat : quam tamen dubitationem ſuſtulit Juſtinianus , producta D. Marci conſtitutione ad furioſi quoque filium: *l. ſi fu-*
3 *rioſi* 25. *C. de nupt.* Ceterum in propoſito non video, quæ poſſit eſſe dubitandi cauſa , cum omnino hic eadem ratio ſit utriuſque ; & furore intermiſſo liberis ipſis , ſi in poteſtate non ſint , teſtari permiſſum ac teſtamentum paternum abolere . *Fac. l. ex facto.* 43. *in pr. verſ. nam & ſi hoc tit. l.* 2. *C. de cur. furioſ.* ubi furioſus & mente captus pro eodem ponuntur. Et recte igitur Theoph. vertit. μεμηνοτας ηγουν παραφρονουντας. Quinimo putem , conſtitutionem Juſtiniani ad prodigos , atque adeo ad ſurdos & mutos quoque liberos porrigendam : quo caſu ipſi teſtari non poſſunt : quæ & communis ſententia eſt , fundata in conſtitutionis humanitate & ratione , quæ his omnibus convenit , nimirum ut qui ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſunt , parentes eis faciant , quodque olim non licebat , niſi ex privilegio , nunc liceat jure communi, Gomez. 1. *reſol.* 6. *n.* 3. & 4. Covar. *in c. Raynut.* §. 6. *n.* 1. Graſſ. §. *ſubſtitutio quæſt.* 44. *n.* 4. & 6. quamvis aliud viſum Viglio *hic.* Govean. *in d. l. ex facto.* 43. *hoc tit.* D. Tuld. *in comm. hic. c.* 10. Perez. *in C. eod. n.* 30. *arg. l. quod vero* 14. *de legib.* cui occurri poteſt ex D. Præſide *loco* 79. *n.* 18. & *ſeqq.* Plane ad phreneticos conſtitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat Vaſq. *d.* §. 17. *n.*108. per verb. conſtitutionis *perpetuo.* Graſſ. *d. quæſt.* 44. *n.*3.

Vel nepotes) Eadem autem conditio hic exigitur quæ in ſubſtitutione impuberum, ut nepotes, quibus exemplariter ſubſtituitur, poſt mortem teſtatoris non ſint recaſuri in poteſtatem patris ſui , *l.* 2. *hoc tit.* Nam & hæc ſubſtitutio teſtamentum liberorum eſt . Qui autem ſunt in poteſtate , nec teſtamentum nec hæredem ex teſtamento habere poſſunt, *l. pen. & ult. C. qui teſt. fac.* Quare & , ſi mater ſubſtituit , mortua ea , ſuperſtite patre mente capto , evaneſcet ſubſtitutio ſecundum pleroſque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri eſſe, ut ſubſtituat, de quo late Vaſq. 11. *de ſucceſſ. progr.* §. 17. *n.*43. & *ſeqq*

Etſi puberes ſint) Secunda differentia , quæ principalis eſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem. Ait,
4 *etſi puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter ſubſtituere ? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre ſubſtituere volente, quoniam in his terminis ſola exemplaris locum habet : ſed de patre , in cujus poteſtate eſt impubes mente captus . Ratio dubitandi orta a ſimili . Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex 12. tab. jubet eſſe furioſos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela ſunt: *l.* 3. *de tutel.* ita videri poteſt nec pertinere ad eos hæc extraordinaria ſubſtitutio , cum pater jure ordinario his ſubſtituere poſſit pupillariter. Sed non ſunt hæc ſimilia : nam finita tutela ſuccedit , & adminiſtrationem bonorum puberis ſuſcipit curator, quem lex aut magiſtratus tutori ſubrogat , ut in omnem eventum hic furioſo proſpectum ſit : finita autem ſubſtitutione pupillari , & durante adhuc mentis alienatione , non ſuccedit exemplaris ſubſtitutio , neque quiſquam eſt , qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis eſt , ut dicamus , poſſe patrem etiam exemplariter filio ſubſtituere , ut duret ea ſubſtitutio etiam poſt pubertatem , quamdiu manet eadem mentis conſtitutio, ita & Duar. *in tit. de vulg. & pup. c.*19. & DD. comm. Vaſq. *d.* §. 17. *n.* 68. Graſſ. *d.* §. *q.* 41. Diſſent. D. Pacius *in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris ſubſtit.) His verbis ſignificatur, licere patri filio mente capto ſubſtituere in caſum ſecundum. *Si filius hæres erit* , ut receptum eſt in pupillari . Deinde etiam debere patrem , qui exem- 5
plariter ſubſtituit , ſibi prius teſtamentum facere, ſibique in eo hæredem inſtituere , quam filio ſubſtituat, perinde ut in ſubſtitutione pupillari, §. *liberis* 5. *inſ. eod.*

Certas perſonas) Differentia tertia . In ſubſtitutione pupillari licet impuberi filio quoſvis ſubſtituere, etiam fratribus ejus præteritis : in ſubſtitutione mente capti non licet , ſed in hac primum liberi , ſi quos habet, dein his non extantibus, fratres mente capti ſubſtituendi ſunt : demum ſi nec fratres erunt, permiſſum, ſubſtituere quemlibet , *d. l.* 9. *C. hoc tit.* Et notandum quod 6
in conſtitutione adjicitur , non eſſe neceſſe, ſi plures ſint mente capto liberi aut fratres , ut ſubſtituantur omnes, ſed ſatis eſſe vel unum ex iis ſubſtitui , ut valeat ſubſtitutio , licet reliqui non ſint exhæredati: nihil enim de ceteris exhæredandis exprimitur . Sed & , impune poſſe præteriri , ex eo licet intelligere, quod adverſus ſubſtitutionem denegatur querela inofficioſi: quod tamen in liberis mente captis vix eſt ut ab iniquitate defendi poſſit, vid. Vaſq. *d.* §. 17. *n.*55. & *ſeqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benignius præſumamus , avumque teſtatorem nepotibus præteritis tantundem de propriis bonis in compenſationem relicturum . Inducitur vulgo ex verbis 7
d. conſtitutionis & alia diſſimilitudo. Nam impuberibus pupillariter ſubſtitui poteſt , etſi nihil eis relinquatur , dummodo exhæredentur : mente captis non aliter ſubſtitui concedit conſtitutio, quam ſi legitima eis relicta fuerit:& cum igitur hodie legitima liberis relinquenda ſit titulo inſtitutionis, *Nov.*115. non aliter teſtamentum paternum conſiſtere, aut querelam inofficioſi evadere plerique exiſtimant , quam ſi liberi in eo hæredes inſtituti fuerint, ſaltem in parte aut ex re aliqua ; quo caſu ſi minus legitima relictum ſit, id quod deeſt , eos conſecuturos condictione , ex *l.*30. *C. de inoff.* nimis enim ſuperſtitioſos eſſe, qui negant ſubſiſtere teſtamentum , niſi tota legitima relicta ſit. Concludunt igitur, exhæredato non recte, exemplariter ſubſtitui neque rationem humanitatis pati , ut afflicto addatur afflictio, Bart. *in l.*43. *n.*18. *hoc tit.* DD. comm. *in l.* 9. *C. eod.* Graſſ. *d.* §. *qu.* 44. *n.*5. Quibus aſſentiri non poſſum . Nam cum etiam liberi furioſi a patre exhæredari poſſint , *l.*27. *C. de Epiſc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.* quod ſic accipiendum eſt , ut poſſint etiam efficaciter , quamvis nihil eis relictum ſit, modo exhæredentur ex cauſa ingratitudinis ante furorem commiſſæ, quod Bart. quoque *d. loc. num.* 19. & DD. comm. concedunt : Vaſq. *de ſucc. creat.* §. 21. *num.* 256. non video cur non & his exhæredatis poſſit exemplariter ſubſtitui . Sane verba conſtitutionis non refragantur . Nam quod de legitima relinquenda adjicit Juſtin. id non eo pertinet , ut ſi illa relicta non

ſit ,

ſit, teſtamentum ipſo jure ſit nullum, ſed quod alias per querelam inoff. poſſet everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob juſtam cauſam ingratitudinis teſtamento inſertam hæres docere poteſt, exhæredationem factam eſſe: & quod noviſſime Imp. voluit, legitimam relinqui tit. inſtitutionis, id non hunc habet ſenſum, ſi ita relicta non ſit, utcunque rite facta ſit exhæredatio, teſtamentum ipſo jure non ſubſiſtere, ſed tunc per querelam poſſe ſubverti: de quo uberius *inf. tit.*18. Duar. *ad hunc tit. c.*20. Covar. *in cap. Raynutius* §.6. *n.*2. & 3. Bocer. *hic. n.*21.

Sin autem reſipuerint, infirmari) Deficiente nimirum conditione hujus ſubſtitutionis; ut enim pupillaris ſubſtitutionis hæc propria eſt; *Si filius impubes deceſſerit*; ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem conſtitutione mentis deceſſerit*: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur reſipiſcentia: quomodo veteres quoque principalia reſcripta interpretati ſunt, quibus ſpecialiter aliquibus conceſſum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipſi teſtari non poterant, teſtamentum facere: iniquum enim eſſe, teſtamenti factionem adimere homini ſani ſenſus & mentis; *l. ex facto* 43. *h. t.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc ſubſtitutio infirmatur, ſui
8 hæredis agnatio. Quid autem ſi filius in eandem mentis abalienationem reciderit? Zaſius *tract. ſubſt. exempl.* poſt Baldum & Salicet. *in d. l.* 9. *C. hoc tit.* diſtinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo caſu duret, hoc evaneſcat ſubſtitutio, quod & Covar. *in d. c. Raynutius.* §. 6. *num.* 11. probat. Perezius ad *eund. tit. C. n.*33. indiſtincte negat, unquam convaleſcere. Vaſquius contra convaleſcere ait, ſed ita, quaſi interim non extinctam, idque etiamſi filius tempore mortis paternæ adhuc ſit ſanæ mentis, *lib.* 11. *de ſucceſſ. progreſſ.* §. 17. *n.* 48. & *ſeqq.* quæ etiam eſt communis opinio ſecundum Jaſon. & alios a Vaſq. & Covar. allegatos. Ratio juris ſuadet, ut dicamus, cum Donell. VI. *comm.* 27. ſiquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit, magis eſſe, ut ſubſtitutio duret, *arg. l.* 6. §. 2. *de her. inſt.* §. 4. *inf. de her. qual.* niſi forte per id tempus, quo ſanæ mentis fuit, ipſe teſtamentum fecerit, *per* §. 1. *ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Quod ſi tempore mortis teſtatoris ſanæ mentis fuerit, evaneſcere ſubſtitutionem, *arg. l. cohæredi.* 41. §. 2. *h. t.* quæ etiam ſententia videtur D. Viglii. *hic n.* 19. male in contrarium allegati a D. Perezio. Add. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* V. *c.* 16. *n.* 24. & *ſeqq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris ſubſtitutionis.

2. *Igitur in pupillari ſubſtitutione ſecundum præfatum modum ordinata duo quodammodo ſunt teſtamenta, alterum patris, alterum filii tanquam ſi ipſe filius ſibi hæredem inſtituiſſet: aut certe unum teſtamentum eſt duarum cauſarum, id eſt, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

Redit Imp. ad inſtitutam initio diſputationem de ſubſtitutione pupillari. Ait, in ea ſubſtitutione duo quodammodo eſſe teſtamenta. Quæ verba captanda non ſunt. Etenim non hic eorum ſenſus eſt, in pupillari ſubſtitutione, quatenus ſola & per ſe ſpectatur, duo eſſe teſtamenta; quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari ſubſtitutione ſoli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam teſtamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.* 20. *hoc tit.* & *paſſim*; ea vero pars, qua impubes ipſe aut alius hæres inſtituitur, patris teſtamentum conſtituit, nulloque modo appellari poteſt ſubſtitutio pupillaris. Sed ita accipienda ſunt, ut ſimul comprehendatur ipſa impuberis inſtitutio, ſecundum formulam in pr. traditam: quod oſtendunt verba, ſecundum præfatum modum ordinata. Hoc ſenſu recte dicitur, duo hic quodammodo teſtamenta eſſe, alterum patris, alterum filii. Hinc enim eſt, quod utriuſque mors expectanda, quod duæ aditiones neceſſariæ, *l.* 2. §. 1. *h. t. l.* 11. §. 1. *ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, ſi pupillares ſeorſum obſignatæ; *l.* 8. *teſt. quemad. aper.* quod pater una hora ſibi, altera filio hæredem facere poteſt, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris.* 20. *eod. l.* 8. *in fin. ſec. tab.* quod filio ſubſtitutus, eo abſtinente non cogitur paternis creditoribus reſpondere, *l. Julianus* 42. *de acquir. hæred.* & apparet hoc luculentius in ſubſtitutione exhæredati.

Unum teſtamentum duarum cauſarum) Recte quoque, ſed ſenſu diverſo, unum hic eſſe teſtamentum dicitur, *l.* 2. §. *prius* 4. *d. l. patris* 20. *hoc tit. l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poſſ.* nimirum tum ratione cauſæ efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet; tum formalis, quia unica ſolemnitate contentum, veluti unis ſeptem teſtium ſignaculis, *d. l.* 20. tum ratione ſubſiſtentiæ, quia pupillare teſtamentum per ſe non ſubſiſtit, ſed paterni acceſſio eſt, quo rupto, reſciſſo aut irrito facto ſimul concidit *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 3. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *teſt. quemad. ap.* §. 5. *inf. hoc tit.* Atque hinc eſt, quod in tabulis patris & filii una Falcidia ſervatur, *l.* 11. §. *quod vulgo* 5. *ad leg. Falc.* quod juri accreſcendi locus eſt inter patris & pupilli tabularum legatarios, ut inter re conjunctos, *l. plane* 34. §. *ſed ſi* 10. *de legat.* 1. & ſi quæ ſunt alia generis ejuſdem. Conſulatur D. Hotomannus, qui ſingula accurate perſecutus eſt.

TEXTUS.

Alia forma ſubſtituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidoloſus ſit, ut timeat, ne filius ſuus pupillus adhuc ex eo, quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum ejus periculo inſidiarum ſubjaceat, vulgarem quidem ſubſtitutionem palam facere, & in primis teſtamenti partibus ordinare debet: illam autem ſubſtitutionem, per quam, ſi hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, ſeparatim in inferioribus partibus ſcribere debet, eamque partem proprio lino, propriaq. cera conſignare: & in priore par-*

parte teſtamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non ideo minus valere ſubſtitutionem impuberis filii, quod in iiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quiſque hæredem inſtituiſſet: quamvis pupillo hoc periculoſum ſit.

Notæ.

3. *Proprio lino*) Vide *comm. infr.* Exempla ſubſtitutionis pupillaris factæ in ima cera, ſive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideic. libert. l.8. §. ult. ſec. tab.*

In priore parte cavere) Etſi non cavit, voluiſſe tamen intelligitur, qui ſeparatim obſignavit tabulas pupilli, *l.8. teſt. qu. ap.*

Commentarius.

Quia ſubſtitutio hæc pupillo periculoſa videtur, conſilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum ſcribant, linoque proprio trajecto conſtrictam obſignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo inſidiarum ſubjaceat) Vulgaris ſubſtitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, qui adita hæreditate ſpes omnis ſucceſſionis ſubſtituto præciditur. Poteſt tamen & ipſa cauſam præbere inſidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap.11.* legimus, mulierem quandam Mileſiam, accepta a ſecundis hæredibus pecunia partum ſibi medicamentis abegiſſe, cujus rei meminit Tryph. *l. Cicero.39. de pœn.* Citius autem periculum metuitur a ſubſtituto pupillariter, ſi is mortuo patre, pueri cuſtode, ſe eſſe ſubſtitutum cognoſcat, hic enim majorem occaſionem habet vitæ pupilli ſtruendi inſidias, eumque, antequam pubeſcat, e medio tollendi. In cujuſmodi ſcelus impulſus hac occaſione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit: nimirum quod pupillum, cui ſubſtitutus hæres erat, veneno necaſſet. Sueton. *in Galb. c. 9.* Scilicet ea vulgo eſt hominum improbitas, ut ſpe luculentæ hæreditatis aut ſimilis lucri, quod poſt obitum alicujus ſe percepturos certo ſciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum eſt illud Perſianum *ſaty. 2. v.12.* de improbo inſidiatore pupilli, cui hæres ſubſtitutus erat;

-------- *Pupillumve utinam, quem proximus hæres*
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *lib.11. ſatyr.5. v.48.*

Arrepe officioſus: & ut ſcribare ſecundus
Hæres, ut ſi quis caſus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis teſtamenti partibus) Tabulæ teſtamenti in plures partes dividi poſſunt, ſingulæque partes ſeorſum obſignari, ita ut priores ſine poſterioribus commode aperiri & reſignari queant. Primam teſtamenti partem Horatius *d. ſatyr 5. v. 53. ſequ. primam ceram* vocat, ſicut Tranquillus *in Julio cap.83.* partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Verr.111. extremam ceram codicis.* Quod intelligendum eſt e conſuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis ſcribere ſolebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur. *§. nihil autem. 12. ſup. de teſtam. ord.* conſule D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c. 11.*

Separatim in inferioribus partibus) Exempla ſubſtitutionis pupillaris factæ in infima ſive noviſſima parte teſtamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib.* Paul. *l. ult. ad ſen. Treb.* Ulp. *l.8. teſt. quem. ap.* quo loco etiam hoc ſcribit Juriſconſultus, prætorem non pati ſine cauſæ cognitione aperiri tabulas pupillares, quas ſeparatim ſignatas teſtator reliquit, quamvis expreſſe non caverit, ne aperiantur: quia ſc. prætor exiſtimat, id nullo modo e re pupilli futurum eſſe.

Proprio lino) Significat, teſtamenti tabulas diverſo lino ita ligandas eſſe & complicandas, ut lino inciſo ſingulæ per ſe commode aperiri poſſint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit pleriſque locis, *l. Aurelius. 28. §. 1. de lib. leg. l. 1. § pen. & ult. de bon. poſſeſſ. ſec. tab. l. pen. C. de teſtam.* apud Lucian. *in Timone.* Sueton. *in Neron. c.17. Adverſus falſarios tunc primum repertum, ne tabulæ niſi pertuſa, ac ter lino per foramina trajecto, obſignarentur.* Add. Alciat. *iv. parad. 6.* Cajus *2. Inſt. 4. §.3.* de hac cautela ſic ſcribit: *Sed pupillaris ſubſtitutio ita ſecreta eſſe debet, ut ad notitiam ſubſtituti pervenire non poſſit, ne vita pupilli ſubſtitutus aliquas inſidias moliatur. Nam in extrema pagina teſtamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris ſubſtitutio ſcripta eſt, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obſignata permaneat, & prior pars teſtamenti, in qua hæres ſcriptus eſt, reſeratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur) Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *l. 3. C. quemadm. teſt. ap.* aut vetuiſſe intelligebatur, ſi ſeorſum eas ſignatas reliquiſſet, *l.8. ff. ead.* Quæſieris, quid juvet, hanc adhibuiſſe cautionem, cum qui in vulgarem caſum impuberi a patre ſubſtitutus eſt, etiam in caſum pupillarem ſubſtitutus eſſe intelligatur ex conſtitutione D. Marci. *l.4. hoc tit.* Nam facta palam ſubſtitutione vulgari, etiamſi altera celetur, in idem incommodum incidi; quia ſubſtitutus ignorare non poteſt, mortuo impubere, ſe ei hæredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis eſt reſponſio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut ſubſtitutioni vulgari expreſſæ, pupillaris inſit: in voluntate teſtatoris manifeſte contraria ſecus eſſe, *d. l.4. §.2. & l. 4. C. eod.* Neque enim unquam in re manifeſta aut ubi de voluntate conſtat, præſumptioni aut conjecturis locus eſt. *l. continuus. 137. §.1. in fin. de verbor. obl.* Quamobrem cum in caſu præſenti ex priore teſtamenti parte conſtet, teſtatorem expreſſe aliquem filio ſubſtituiſſe in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperiri vetuit, nihil certi ſibi promittere ſubſtitutus poteſt de ſucceſſione pupilli, cum ſcire non poſſit, ipſumne, an alium teſtator in ſecundum caſum ſubſtituerit.

Non ideo minus valere) Igitur Juſtinianus hic non imperat, ſed ſuadet. Conſilium eſt, non præceptum, ut & Græci, ȣ νομ☉, ἀλλὰ παραινεσις: neque enim eo minus valet pupillaris ſubſtitutio, quod ſcripta eſt in iiſdem tabulis, quibus teſtator ſibi hæredem inſtituit. Quin etiam ſibi in tabulis teſtamentum facere pater poteſt: filio impuberi per nuncupationem ſubſtituere. *l. 8. in fin. ſec. tab. l. patris. 20. § 1. h. t.*

Tex-

TEXTUS.

Quibus ſubſtituitur.

4. *Non ſolum tamen hæredibus inſtitutis impuberibus liberis ita ſubſtituere parentes poſſunt, ut ſi hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, ſit eis hæres is, quem ipſi voluerint: ſed etiam exhæredatis. Itaque eo caſu, ſi quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. Quæcunque diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum, vel hæredum inſtitutorum; vel exhæredatorum, eadem etiam de poſtumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*) *l.* 2. §. 2. *l.* 10. §. 5. *hoc tit.* Ulpian. *tit.* 23. §. 7. quia pater non ſuis bonis ſubſtituit, ſed impuberis, videlicet jure poteſtatis, *d. l.* 10. §. 5. quo & tutorem dat. *l.* 4. *de teſt. tut.* Formula: *Titius hæres eſto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur. Sempronius ei hæres eſto.*

Ex hæreditatibus legatiſve, &c.) *d. l.* 10. §. 5. non tamen poteſt pater ab exhæredato legatum relinquere, *l.* 41. §. 3. *hoc tit.* neque a ſubſtituto exhæredati. *l.* 41. §. 3. *de teſt. mil.* Legatum onus eſt: hæredem habere non eſt.

Etiam de poſtumis) *l.* 2. *eod.* exempl. *in l.* 46. *hoc tit. l. ult. C. de inſtit. & ſubſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Formula ſubſtitutionis pupillaris exhæredato facta.*
2. *Male in vulgatis codicibus interpungi.* l. miles. 41. §. 4. de teſt. milit.
3. *Patrem ab exhæredato filio ejuſve ſubſtituto legare non poſſe.*
4. *An exhæredatio extinguat jus ſuitatis? Quæſtio ſubtiliſſima.*

Sed etiam exhæredatis) Non ait, præteritis, quia ſic teſtamentum patris ipſo jure nullum eſſet. *l.* 1. *de injuſt. rupt. l. inter cetera.* 30. *de lib. & poſt.* Exhæredatis autem recte ſubſtituitur, *l.* 1. §. 2. *l.* 10. §. *ad ſubſtitutos.* 5. *hoc tit.* nimirum jus hoc ſubſtituendi, ut & tutores dandi, non ab inſtitutione hæredis, ſed a poteſtate patris pendet. Quippe qui non ſuis bonis, ſed impuberis ſubſtituit: quo argumento utitur Ulp. *d. l.* 10. §. 5. Quamobrem etſi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus ſubſtituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc ſpectare creditur. *l. Julian.* 42.
1 *de acq. hær. fac. l.* 6. *in pr. de interrog. in jur.* Sed quibus verbis hæc ſubſtitutio concipienda eſt? Non enim poteſt concipi eadem formula, qua utimur in ſubſtitutione filii hæredis inſtituti: *Si hæres erit, & intra pubertatem decedat.* Nimirum poſterior tantum hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc ſit: *Titius hæres eſto; Filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres eſto.* Ex quo apparet, veram hic ſubſtitutionem nullam eſſe, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tituli. VINN. Sed hoc ipſo confirmatur ſententia noſtra, quod hæc teſtamenti factio ſit ex XII. tabulis. Quamvis enim ſubſtitutio hæc nec vulgaris dici poſſit, nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia ſic quoque paterfamilias teſtatur *de pecunia ſua rei.* HEIN.

Pupillo ex hæreditatibus legatiſve) Nam uti modo dictum eſt, non ſuis, ſed impuberis bonis teſtator ſubſtituit. Turbavit hic multos vitioſa lectio, *l. miles.* 41. §. 4. *de teſt. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur; *Exhæredato miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt. Verum hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipſo ad eum, cui ſubſtituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel poſtea acquiſierit.* Quod ſi exhæredato filio a milite ſubſtitutus ea tantum accipit, quæ a teſtatore profecta ſunt, nihil amplius ei tribuendum, ſi ſubſtitutus ſit a pagano. Ceterum alia omnia ratio juris efflagitat: nec reſponſum iſtud, ſi ita legas, defendi poteſt a ſumma abſurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius, auſus eſt, quanquam nullius fretus 2
codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato*, in calcem præc. §. tranſpoſita, novum ſic inchoare, *Miles & emancipato filio, &c.* quam viri doctiſſimi & prudentiſſimi interpunctionem poſtea compertum eſt *Piſani codicis auctoritate confirmari.*

Ad ſubſtitutum pertinebit) Hoc igitur certo conſtitutum eſt, licere patri ſubſtituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac ſubſtitutione ad ſubſtitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occaſione duo quæſita ſunt: primum, an quemadmodum pater exhæredato recte ſubſtituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommiſſum recte relinquat? alterum an a ſubſtituto exhæredati legatum aut fideicommiſſum dare valeat? Primum quod attinet, placet, patrem a 3
filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommiſſum relinquere non poſſe. *l. cohæredi.* 41. §. 3. *hoc tit.* Alia enim ratio eſt ſubſtitutionis alia legatorum ſive fideicommiſſorum. Legata & fideicommiſſa onera ſunt: ac proinde aliis imponi non poſſunt, quam iis, quos defunctus honoravit, & tantum pro modo relicti, *d. l. cohæredi.* §. 3. *l.* 1. §. *ſciendum.* 6. *de legat.* 3. *l.* 9. *C. de fideic.* Subſtitutio vero onus nullum continet, (neque enim onus eſt hæredem habere,) ſed eſt proviſio, pertinens ad commodum ipſius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam ſi ab exhæredato legari non poteſt, nec poterit a ſubſtituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat teſtator circa perſonam ſubſtituti, quam habet in eo, cui ſubſtituit. *l. qui fundum.* 87. §. *qui filios.* 7. *verſ. dicet aliquis. ad leg. Falc. l. ab exhæredati.* 126. *de leg.* 1. Plane quemadmodum filius exhæredatus, ſi legatum vel fideicommiſſum a patre accepit, fideicommiſſo itidem a patre gravari poteſt: *d. l. cohæredi.* §. 3. ita & eo caſu poterit ſubſtitutus, ſi juris rationem ſpectes. *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Contrarium tamen in odium exhæredationis conſtituit Juſtinianus, *l. cum quidam.* 24. *C. de legat.* ut bene obſervavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut

ut hoc obiter addam, legari a ſubſtituto exhæredati poterat; quantumvis legatum etiam amplum a patre accepiſſet, *l. miles* 41. §. 3. *de teſt. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata a legatario ejuſve hærede non recte relinquebantur, at bene fideicommiſſa. *inf. de ſign. reb. per fideic. rel. in pr. d. l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

Eadem etiam de poſtumis intelligimus) Quæſtionem, an hodie poſt *Nov.* 115. *c.* 3. poſtumus exhæredari & conſequenter, an ei exhæredato ſubſtitui poſſit? alii loco reſervamus. Illud pro coronide hic indagare lubet, verumne ſit, quod nonnullis viſum eſt, per exhæredationem tolli jus ſuitatis? Nam ſi hoc verum eſt; concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem ſuis tantum hæredibus ſubſtitui poteſt, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* Verum autem eſſe, hiſce argumentis probari videtur. Primum, ſi exhæredati ne hæredes quidem ſunt, nec ſui hæredes dici poſſunt; cum non entis nulla ſit qualitas, atque ut in ſcholis ratiocinantur, *ab* eſt *ſecundi adjecti ad* eſt *tertii adjecti valeat conſequentia negando*. Hæredes autem non eſſe, teſtatur Juriſconſultus *l.* 1. §. *pen. de ſuis & legit.* Ratio enim juris manifeſta eſt, quia nec ex teſtamento nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius oſtendimus in §. *cum autem* 7. *inf. de hær. quæ ab int.* Secundo inter ſuos hæredes numerari non poteſt, qui pro mortuo habetur: at exhæredatus habetur pro mortuo. *l.* 1. §. *ſed & ſi* 5. *de conjung. cum emanc. lib.* Poſtremo ſui hæredis jus per exhæredationem dicitur abſciſſum eſſe. *l.* 9. §. 2. *de lib. & poſt.* Ex contrario vero non tolli per exhæredationem jus ſuitatis, duobus argumentis perſpicue evincitur. Unum petitum eſt a definitione: nam ſi ſui hæredes ſunt liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur in poteſtate illius ſunt, & primum in familia locum obtinent: non poteſt non filius exhæredatus eo tempore inter ſuos hæredes numerari, niſi dicamus, quod inauditum eſt, exhæredatione ſolutum fuiſſe jus patriæ poteſtatis. Nec mihi obſeceris, jus ſuitatis non ex eo ſolum æſtimari, quod quis in poteſtate ſit, & primum gradum in familia teneat; verum etiam, & maxime ex cauſa ſucceſſionis: exhæredatum autem a ſucceſſione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis eſt, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi poteſt, deſtituto vel reſciſſo per querelam inofficioſi patris teſtamento, *l. filium* 20. *in pr. contr. tab.* ut proinde jus filii ſui hæredis per exhæredationem ſublatum fuiſſe dici non poſſit. Alterum argumentum ſumitur ab effectis ſuitatis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato recte pater pupillariter ſubſtituit. Suum autem hæredem eſſe oportet, cui ita ſubſtituatur. *l.* 2. *hoc tit.* Secundo, quod, cum tutor teſtamento dari non poſſit niſi ei, quem quis in ſuis hæredibus, cum moritur, habuit, *l. quo tutela* 73. §. 1. *de reg. jur.* recte nihilominus detur exhæredato. *l.* 4. *de teſt. tut.* Tertio, quod exhæredati filii perſona obeſt nepoti, quominus ſuus hæres fiat avo, & præteritus quaſi agnaſcendo rumpat avi teſtamentum. *l.* 6. *pr. de injuſt. rupt. teſt. l.* 7. *unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus ſuitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in ſui hæredis locum ſuccedendo avi teſtamentum rumperet, non ſecus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus eſt. §. 2. *ſup. de exhær. lib. l.* 13. *de injuſt. rupt.* Poſtremo a jure quoque ſuitatis procedit, quod filio, qui in poteſtate eſt, exhæredato ad tranſmittendam querelam nec bonorum poſſeſſio, nec aditio hæreditatis neceſſaria eſt. Cui enim alioqui contra filius emancipatus niſi iſta fecerit, non videtur litem præparaſſe? *l.* 7. *de inoff. teſtam.* Neque vero adeo difficilis reſponſio eſt ad argumenta duo poſteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus ſui hæredis plane extingui. Etenim quod Ulpian. ait *d. l.* 1. §. *ſed & ſi* 5. *de conjung. cum emanc. lib.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem eſt, non autem ſimpliciter, ſed quod ad illud edictum, quo de agitur, attinet; ne ſcilicet pater emancipatus, exhæres factus, impediat, quominus nepos in poteſtate retentus & præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſolus petat, aut ſi concurrat patruus, partem bonorum dimidiam conſequatur; cum ſi pater exhæredatus non fuiſſet, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo reſponderi poteſt ad *d. l.* 9. §. 2. *de lib. & poſt.* jus filii eo loco abſciſſum dici comparative, reſpectu ſc. ejus, qui apud hoſtes eſt, cujus jura omnia in ſuſpenſo retinentur propter ſpem poſtliminii. Aut ſi magis placet emendatio. Ant. Fabri. x. *conj.* 12. pro illis verbis, *filii jus*, lege, *illius jus* ut hoc referatur ad nepotem, cujus ſane jus per exhæredationem patris penitus abſciſſum eſt; in tantum, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem patre ad ſucceſſionem avi admittatur. *d. l.* 9. §. 2. *d. l.* 6. *de injuſt. rupt. teſt. l.* 7. *unde lib.* quæ emendatio eo probabilior eſt, quia & ſententiæ Juriſconſulti locus ſic reſtitutus melius convenit, & lectio loci mire variat, ut videre eſt apud Accurſ. Bart. Alciat. & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propoſitum fuit; utique enim, cum verum ſit, exhæredatum morienti patri hæredem non exiſtere, conſequens eſt, nec ſuum eſſe, quo tempore pater moritur, alioqui neceſſario poteſtate juris ſtatim hæres exiſteret, & obſtaret hæredi inſtituto, quominus ipſe directo hæres eſſe & jure civili hæreditatem cernere poſſet, *arg. l. ult. de acq. hær.* quod falſum eſſe patet ex *d. l.* 6. *in pr. de injuſt. rupt. teſt. l. filium* 20. *de bon. poſſ. cont. tab.* Quamobrem ſic omnino ſtatuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui teſtamentum mutare licet, exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter ſuos hæredes habeatur; atque ideo nepotibus ex ſe natis obſtare quominus in locum ipſius & gradum adſcendant. Sed & poſt mortem patris, quamdiu adhuc ab inteſtato ſuccedere poteſt, pro ſuo interim haberi, quoniam reſciſſo aut deſerto patris teſtamento ſuus hæres nihilominus patri exiſtit, perinde ac ſi nulla exhæredatio interveniſſet, *d. l. filium* 20. *cont. tab. l.* 8. §. *pen. de inoff. teſtam.* Verum enimvero ſi exhæredatio confirmata fuerit adita ex teſtamento hæreditate, hac conſideratione exhæredatus amplius pro ſuo haberi non poteſt, cum verum ſit, eum patri ſuum hæredem non extitiſſe, nec exiſtere poſſe, *d. l.* 1. §. *pen. de ſuis & legit.* add. Gomez. 1. *reſ.* 11. *n.* 9. Hotom. IX. *obſ.* 10. Ant. Fab. IX. *conj. ult.* Chriſtin. *vol.* IV. *dec.* 16. *n.* 4. Bachov. *hic.* add. Val. Reimer. *dec.* VI. *diſp.* 1. *th.* 4.

Textus.

Pupillare teſtamentum ſequela paterni.

5. Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat; nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti, adeo ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

Notæ.

5. *Niſi & ſibi faciat*) *d. l. 2. §. 1.* Imo niſi ſibi prius faciat, deinde filio, nec converſo modo a filii teſtamento incipiat, *d. l. 2. §. 4. & ult.* utique ſi ex intervallo diverſiſque tabulis ſibi pater hæredem ſcribat, & filio ſubſtituat; quod facere poteſt. *l. 16. §. 1. l. 20. §. 1. eod.* Ceterum ſi conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti ſi ita ſcribat, *Si filius meus intra pubertatem deceſſerit, Sejus hæres eſto: Filius hæres eſto, d. l. 3. §. 5.*

Nec filii valebit) Fac ratio in *l. 129. §. 2. l. 178. de reg. jur. c. acceſſorium 42. eod. in 6.* puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exheredatus querela inoff. teſtamenti obtinuerit, per *Nov. 115. c. 3. in fin.*

Commentarius.

1. *Patrem prius ſibi debere teſtamentum facere, deinde filio, nec converſo modo a filii teſtamento incipere; niſi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*
2. *Patris teſtamento non ſubſiſtente, & filii nullum eſſe, aut corruere.*
3. *Cur reſciſſo per querelam teſtamento patris ſubſtitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum poſſeſſione non item?*
4. *Jure noviſſimo etiam expugnato per querelam teſtamento patris ſalvam manere ſubſtitutionem pupillarem.*

Permiſſum quidem patri eſt, ſuo teſtamento perfecto, alio tempore filio teſtamentum facere, *l. 16. §. 1 hoc tit.* aut ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris 20. eod.* & vel inſtituto filio vel exhæredato. Ceterum neceſſarium omnino eſt: ut ſibi quoque hæredem faciat, qui filio vult facere, *l. 2. §. 1. eod.* Incongruens enim viſum eſt, eum, qui ipſe inteſtatus decedere cupit, filio ſuo hæredem teſtamento dare: tantumque conceſſum patri ſibi teſtamentum facienti, ſimul filio impuberi proſpicere. Ex quo efficitur, teſtamentum patris principale eſſe, filii acceſſorium & paterni appendicem; ac proinde hoc ſine illo non conſiſtere, ex tritiſſima juris regula, *l. nihil dolo 129. §. 1. de reg. jur. c. acceſſorium 42. eod. in 6.* Ceterum hoc in paganis obtinet; militi enim ex privilegio indultum ut ſoli filio hæredem facere poſſit, tametſi ſibi non fecerit, *d. l. 2. §. 1. l. in fraudem 15. §. pen. de teſtam. milit.*

1 *Niſi & ſibi faciat*) Imo, niſi ſibi prius faciat, deinde filio, nec converſo modo a filii teſtamento incipiat, *d. l. 2. §. prius 4. & §. ult.* Quippe hic ordo naturæ eſt, ut ſit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per ſe ſolum ſubſiſtere nequit. Filii autem teſtamentum ſequela eſt & acceſſio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut ſine illis non ſubſiſtat. Merito itaque Juliani ſententia reſcripto Imperiali comprobata eſt, patrem prius ſibi debere, deinde filio hæredem ſcribere, neque hunc ordinem convertendum eſſe, incipiendumve a teſtamento filii, *d. l. 2. §. 4.* Minimeque audiendus eſt Goveadus, qui *lib. 1. var. lect. 8. in d. §. 4.* pro *comprobata*, reponit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia conſtet unum eſſe teſtamentum. Nam iſta ratio non evertit Juliani ſententiam, ut Goveano videtur, ſed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic teſtamenta eſſe, unum patris, alterum filii, *§. 2. ſup. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus, tacite ſignificans, ſi revera duo diverſa hic eſſent teſtamenta, facile ſe conceſſurum, nihil intereſſe, utrum prius poſteriuſve factum ſit: ſed quia unum duntaxat revera teſtamentum eſt, quod duas quidem partes habeat, ſed quarum illa, qua hæres inſtituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres inſtituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis eſt, ſequatur altera, quæ ex priori dependet, & ſine ea conſiſtere non poteſt. Atque hæc ita obtinent, ſi ex intervallo diverſiſque tabulis pater ſibi hæredem ſcribat, & filio ſubſtituat. Si vero conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet ſubſtitutionem valere, licet converſa ſcriptura filii teſtamentum factum fuerit. Veluti, ſi quis ita ſcripſerit, *Si filius meus intra pubertatem deceſſerit, Sejus hæres eſto. Filius hæres eſto, d. l. 2. §. ſed ſi 5.* & merito, quia in conjunctionibus nullus ordo eſt, nec quicquam intereſt, utrum prius, utrum poſterius dicatur ſcribaturve, teſte Alfeno, *l. cum quidem 14. de pecul. leg. fac. l. ſi ita 28. de her. inſt.* Ad hunc modum hæc explicant Zaſ. *ad d. l. 2. §. 4. n. 8.* Duar. *in comm. ad hunc tit. c. 14.* Vigl. *h. c.* citans Jaſon. & DD. ultramontanos. Angelus etiam communem hanc eſſe ſententiam teſtatur.

Nec filii quidem valebit) Nam ut dictum eſt, cum principalis cauſa non ſubſiſtit, nec ea quidem, quæ ſequelæ & acceſſionis vicem obtinent, conſiſtere poſſunt, *l. nihil dolo 129. §. 2. l. cum principalis 178. de reg. jur. c. acceſſorium 42. eod. in 6.* Hinc fit, ut non tantum 2
ab initio pupillares tabulæ non ſubſiſtant, ſi patris teſtamentum ab initio nullum ſit; verum etiam corruant, ſi patris teſtamentum, quod recte factum erat, poſtea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quaſi agnatione ſui hæredis, *l. 2. in pr. hoc tit.* aut inofficioſum in totum pronuntietur, *l. 8. §. ſed nec 5. in fin. de inoff. teſt.* aut irritum fiat teſtatore capite minuto, aut non adita ex teſtamento hæreditate, *d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. eod.* Plane ſi ſuus hæres teſtamento patris ſit inſtitutus, puta pupillus ipſe, nihil amplius ad confirmationem teſtamenti deſideratur, quam ut is mortuo patri ſit ſuperſtes, licet ſe abſtineat: nam vel nudæ ſui hæredis exiſtentiæ hæc vis eſt, ut confirmet tabulas pupillares, *l. 1. h. tit.* de quo plene ſcripſimus ad *pr. hujus tit.* Illud alicui mirum videatur, quod cum re- 3
ſciſſo per querelam teſtamento ſubſtitutio pupillaris concidat, eam tamen placeat valere, cum præterito filio contra tabulas bonorum poſſeſſio petita eſt, *l. ex*

duobus 34. *in fin.* & *l. ſeq. eod.* non enim minus ſic teſtamentum reſcinditur, reditque res ad cauſam inteſtati, quam ex cauſa inofficioſi, *l. ut liberis* 17. *C. de collat.* Ego hoc ex eo eſſe puto, quod querelæ inofficioſi hic color prætexitur, quaſi teſtator ſanæ mentis non fuerit, cum teſtamentum ordinaret; *l.* 2. *l.* 13. *de inoff. teſt.* ut proinde eo reſciſſo perinde omnia haberi debeant, ac ſi teſtamentum nullum factum eſſet, aut ab eo factum, qui teſtamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo teſtamento valeat, *l.* 8. §. *pen. l. cum mater* 28. *d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum poſſeſſio. Occurrit etiam quod prætoria remedia non ultra operantur, quam prætor voluit, *l. in conventionalib.* 52. *de verb. obl.* Cumque prætori hoc curæ ſit, ut beneficii ſui fines ſic regat, ut quam poteſt minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat, credibile eſt, ob hanc cauſam noluiſſe eum vim auxilii ſui porrigi ad tabulas pupillares; ne, dum aliis opitulatur, utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec prætor ipſe omnino pro nullo habet teſtamentum; contra quod bonorum poſſeſſionem pollicetur: nam ſi hoc ſeptem teſtium ſignis ſignatum ſit, etiam ſcriptis in eo hæredibus, dat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, ſcil. ſi liberi præteriti, quorum cauſa potior eſt, non petant, *l.* 2. *in pr. ſecund. tab.* Ut adeo nihil mirum ſit, ſubſtitutionem pupillarem, quæ edictum prætoris non offendit, ſalvam manere. Qua de re vide quæ ſuperius diſputavimus ſub *tit. de ex-*
4 *her. lib.* Hodie ex novella Juſtiniani lege, etiamſi per querelam inofficioſi teſtamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris ſubſtitutio ſalva manebit, quemadmodum & legata ceteraque capita firma manent præter inſtitutionem. *Nov.* 115. *cap.* 3. *in fin.* unde *auth. ex cauſa C. de lib. præt.* & ibi comm. DD. Equidem ſcio, Dynum & Petrum a Bellapert. contendiſſe, ea tantum ex novella iſta lege reſciſſo teſtamento ſalva manere, quæ inſtitutionem hæredis non deſiderant, veluti legata, fideicommiſſa, libertates, tutorum dationes: ſecus adhuc eſſe in iis, quæ hæredis inſtitutionem requirunt, ut pupillaris ſubſtitutio, idque & Covarruviæ probari *in c. Raynut.* §. 6. *num.* 3. Ceterum mihi verba illa Novellæ, *& alia capitula*, non ob aliam cauſam videtur addidiſſe Juſtinianus, quam ut omnia capita comprehenderet extra inſtitutionem: ac licet pupillaris ſubſtitutio & ipſa ſit inſtitutio, palam tamen eſt illic per inſtitutionem, quæ irrita eſſe jubetur, intelligi inſtitutionem primam, qua ſcil. pater ſibi hæredem ſcripſit, non qua filio, quæ tantum pars eſt & ſequela paterni teſtamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut ſalva maneat ſubſtitutio, ob quam cauſam & olim everſo per bonorum poſſeſſionem cont. tab. teſtamento patris conſervata fuit, *l. ex duobus* 34. *in fin. cum l. ſeq. hoc tit.*

Textus.

Quot liberis ſubſtituitur.

6. Vel ſingulis autem liberis, vel ei, qui eorum noviſſimus impubes morietur, ſubſtitui poteſt. Singulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere voluerit: noviſſimo, ſi jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos cuſtodiri velit.

Commentarius.

1. *An poſtquam mater una cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata eſt, adhuc locus ſit diſpoſitioni hujus §?*
2. *An non ſaltem, quo mater excludatur, dici poſſit, fratres per fideicommiſſum mutuo ſubſtitutos eſſe?*

Qui plures liberos impuberes habet, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit, poteſt ſingulis, quos voluerit ſubſtituere, aut ipſos invicem & reciproce, eique, qui noviſſime impubes mortuus fuerit, ſubſtituere alium aliquem. *l. ſi pater* 25. *hoc tit.* Quod ſi uni tantum ſubſtituit, hic ſolus teſtatus decedet, ceteri inteſtati. Unde ſi poſtremo morituro tantum ſubſtituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conſervare voluiſſe intelligitur, *l. vel ſingulis* 37. *eod.* unde hic locus ſumptus eſt.

Inteſtatum decedere) Nota, impuberes etiam dici inteſtatos decedere, etſi ipſi teſtamentum facere non poſſunt; ſicut vice verſa teſtati deceſſiſſe dicuntur, cum pater eis teſtamentum fecit. Porro an proprie vox inteſtatus, impuberibus, furioſis & ſimilibus perſonis attribuatur, ita ut ſtatuta de ſucceſſione inteſtatorum loquentia ad eas quoque perſonas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf. tit.* 1. *lib.* 3. *in pr.*

Jus legitimarum hæreditatum) Nam cum ceteris nec pater teſtamentum fecerit, nec ipſi ſibi in ætate pupillari facere poſſint, neceſſario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege duodecim tabularum ad ſuperſtites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta ſubſtitutus ejus conſequetur. Unde 1
quæritur, cum hodie ex *Nov.* 118. *cap.* 2. mater defuncti una cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres conſanguineos tantum ſive ὁμοπατρίους excludat, utrum nihilominus adhuc in caſu propoſito noviſſimo morienti ſubſtitutus bona etiam ceterorum integra conſequatur, an mater partem eorum auferat, eaſque duntaxat partes ferat ſubſtitutus, quæ morte fratrum ad impuberem perveniſſent nulla facta ſubſtitutione. Prius illud dicere non poſſumus, niſi fingamus, ſubſtitutionem noviſſimo factam ad omnes pertinere, ſinguloſque invicem tacite ſubſtitutos, & poſtremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipſe locus. Ait enim Imp. cum noviſſimo tantum ſubſtituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum cuſtodiri. Si vero mutua hic fingatur ſubſtitutio, priorum morientium ſuperſtites non legitimi hæredes, ſed ex teſtamento eſſent, omneſque decederent teſtati. Proinde dicendum, ut olim in caſu propoſito inter fratres; quippe qui ſoli a lege vocabantur, legitimæ hæreditates ſalvæ manebant, ita hodie etiam matri, poſtquam ea una cum defuncti fratribus admiſſa eſt, jus legitimæ ſucceſſionis integrum manere, atque ad ſubſtitutum eas duntaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur.
Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommiſſum 2
in-

inducimus, ut ipſi fratres, ſi non directo, ſaltem per fideicommiſſum invicem ſubſtituti videantur? Ita enim Paulum in ſpecie non diſſimili reſpondiſſe. *l. Titia* 87. §. 2. *de legat.* 2. Species hujuſmodi eſt, de qua conſulitur; Teſtator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commiſit; *ut qui ex eis ultimus deceſſiſſet, eum fundum, cum moreretur, reſtitueret Sempronio*. Reſpondet Juriſconſultus, in eo fideicommiſſo teſtatorem duos videri gradus ſubſtitutionum feciſſe, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri reſtitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus deceſſerit*; alterum, ut noviſſimus reſtitueret Sempronio. Sed non eſt hæc ſpecies ſimilis noſtræ. Recte Juriſconſultus in *d. l. Titia* 87. §. 2. ex eo, quod teſtator proponitur eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, poſterior moreretur, rogaſſe, ut eum fundum alii reſtitueret, colligit alterum fideicommiſſum: non enim rogatus proponitur de reſtituenda duntaxat parte ſua, ſed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam vero, quia hoc facere non poteſt, nec implere fideicommiſſum expreſſum, niſi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuiſſe voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, ſuperſtiti partem ſuam reſtitueret. In caſu vero noſtro nihil eſt, quamobrem præter ſubſtitutionem noviſſimi aliam aut fideicommiſſum inducamus: non enim in univerſa hæreditate, ſed ultimi morientis tantum bonis ſubſtitutio facta proponitur.

Textus.

De ſubſtitutione nominatim aut generaliter facta.

§. *Subſtituitur autem impuberi aut nominatim, veluti*, Titius hæres eſto: *aut generaliter, ut*, Quiſquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & ſcripti ſunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti ſunt.*

Commentarius.

1. *Generali formula ſubſtitutionis ſolos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim ſcripti ſunt.*
2. *Ex eadem formula ſolos venire, qui patri hæredes extiterunt.*
3. *Ejuſdem formulæ hunc effectum eſſe ut ſubſtituti eaſdem ex ſubſtitutione partes conſequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

Subſtitutio pupillaris vel ſpecialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus hæres eſto. Si filius impubes deceſſerit, Titius hæres eſto.* Vel generaliter, veluti, ſi pluribus hæredibus inſtitutis, teſtator his verbis filio ſubſtituat: *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto*, *l.* 3. *l.* 8. *l.* 10. *hoc tit. l. ult. C. eod.* Ad quem modum vulgaris ſubſtitutio non recte conciperetur, nam hæc formula, *Quiſquis mihi hæres erit*, &c. in infinitum produceretur. Non eſt vero eadem vis generalis & ſpecialis ſubſtitutionis, ut in calce exegeſeos hujus §. oſtendemus, cum cognita nobis erit poteſtas clauſulæ generalis ſive horum verborum; *Quiſquis mihi hæres erit*, &c. quam ſolam hic explicat Juſtinianus.

Qui & ſcripti ſunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte) Pauciſſimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum; *Quiſquis mihi hæres erit*. Primus hic eſt, quod iis verbis vocati intelligantur illi ſoli, qui hæredes nominatim ſcripti ſunt, non alii, qui forte per eos, qui ſcripti ſunt, hæredes extiterunt. 1
Itaque nec dominus, qui per ſervum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clauſula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti, ſed vi poteſtatis vel dominicæ vel patriæ hæreditas obvenit, *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d. l.* 8. §. 1. licet alias hæredis adpellatione etiam hæres hæredis contineatur. *l. hæredis* 65. *l. ſciendum* 70. *de verb. ſign. l. qui per ſucceſſionem* 194. *de reg. jur. l. ult. C. de hær. inſt.* nec is, cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt, ut recte docet D. Vigl. *hic*. Ceterum, quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum eſt, ſi hoc ſolo obtentu hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione ad ſe pertinere contendat, quod patris bona jam apud ſe per ſervum quæſita habeat. Non enim inſpicitur, apud quem patris hæreditas ſit, ſed quis a patre expreſſe & immediate ad hæreditatem vocatus. Ideoque, ſi ſervus quæſita domino ex inſtitutione hæreditate, antequam ex ſubſtitutione adiret, e poteſtate ejus exierit, non poterit dominus ex ſubſtitutione impuberi hæres effici: ſed ſervus vel ipſe ſibi hæreditatem impuberis acquiret, ſi forte manumiſſus fuerit; vel ſi alienatus, novo domino, cujus juſſu adierit. At vero, ſi exiſtente conditione pupillaris ſubſtitutionis adhuc in ejuſdem domini poteſtate ſit, nihil prohibet, quominus juſſu ejus nunc item ex ſubſtitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc ſuo facto acquirat domino; ut poſt Jo. Fab. *hic*. & DD. comm. *in l. filiofam.* 11. *de legat.* 1. docent Vigl. & Bachov. *hic*. Duar. *in comm. ad hunc tit. cap.* 15. *& fac. l.* 3. *hoc tit.* junct. §. 1. *ſup. de hær. inſt.* Simili igitur modo, ſi filiusfam. emancipatus fuerit, ipſe ex ſubſtitutione hæres fiet; ſi in poteſtate manſerit, patrem hæredem faciet. Alter effectus ſubſtitutionis 2
generaliter factæ, eſt, quod ex ea ſoli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt: proinde, ſi hæres ſcriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli conſequendam, quod teſtamento patris hæres ſcriptus eſt: nam alias horum verborum, *Quiſquis mihi hæres erit*, &c. nulla vis eſſet, cum a teſtatore jam ante hæredes ſcripti ſint, qui ea conditione ſubſtituuntur, *d. l.* 8. *in fin. pr. hoc tit.*
Tertius effectus eſt, quod generali formula ſubſtituti 3
eaſdem ex ſubſtitutione partes conſequuntur in bonis pupilli, quas in ipſius patrisfam. hæreditate habuerunt, *d. l.* 8. §. 1. *in fin.* Ut hic quoque locus ſit regulæ traditæ in §. 2. *præc. tit.* teſtatorem eas videri in ſubſtitutione partes cuique dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit. In ſubſtitutione nominatim facta, ſive ſpeciali, converſo fere modo hæc ſe habent. Nam primo neceſſe non eſt, ut is, qui nominatim ſubſtitutus pupil-

li hæreditatem vindicat, hæres a patre ſcriptus ſit. Deinde, etſi hæres ex parte ſcriptus eſt, non eo tamen minus ex ſubſtitutione admittitur, quod patris hæreditatem repudiavit, modo utramque nunc amplectatur, niſi ſub ea conditione ſubſtitutus ſit: *Si hæres erit*, *d. l.* 8. *in pr.* junct. *l.* 10. §. 3. *eod.* Poſtremo nominatim ſubſtituti, non hæreditatis partes, id eſt, quæ ſingulis adſcriptæ ſunt in inſtitutione, ſed viriles ſive æquales habebunt, per ea, quæ tradimus *ſub* §. 2. *tit. præced.*

Textus.

Quomodo ſubſtitutio pupillaris finitur?

8. *Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœmina uſque ad duodecim annos. Et ſi hoc tempus exceſſerint, ſubſtitutio evaneſcit.*

Notæ.

8. *Evaneſcit ſubſtitutio*) Quamvis longius tempus comprehenſum fuerit, *l.* 14. *eod.* quod autem evaneſcit, nec ad cauſam fideicommiſſi proficit.

Commentarius.

1. *Pupillarem ſubſtitutionem extingui anno quartodecimo, aut duodecimo, completo, licet non ſuperato.*
2. *Si longius tempus comprehenſum fuerit, an poſt pubertatem ſubſtitutio valeat jure fideicommiſſi?*
3. *An ad cauſam fideicommiſſi trahatur, ſi demum a pubertate ſubſtitutio incipiat?*

Dictum ſupra eſt, pupillarem ſubſtitutionem introductam eſſe ex hac cauſa, quod cum liberi in ea ætate eſſent, ut ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſent, utile atque ex re ipſorum viſum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipſi teſtari poſſunt, ceſſante fine ſubſtitutionis, merito placuit, eam extingui: alias, quod iniquiſſimum eſt, civi Romano puberi teſtamenti factio auferretur, *l. ex facto* 43. *hoc tit.*

Uſque ad quatuordecim annos, &c.) Maſculi enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *ſup. quib. mod. tut. fin.* a qua ætate jam ipſi teſtamentum facere poſſunt, *l.* 5. *qui teſt. fac.* Ait, *uſque ad quatuordecim annos*, quibus verbis ſignificat, omne ſpatium, quod eſt intra pubertatem, liberum eſſe patri ad ſubſtituendum filio, finem autem hujus arbitrii eſſe pubertatem. Quapropter ſi quis verbi cauſa ita ſubſtituit: *Si filius meus intra decimum annum deceſſerit*, &c. pupilluſque ad eos annos pervenerit, expirat ſubſtitutio, licet poſtea deceſſerit intra annum decimum quartum. *l. ſi ita* 21. *d. l. ex facto* 43. §. 1. *eod.* At ſi in ſubſtituendo annos pubertatis egreſſus ſit, finietur nihilominus ſubſtitutio pubertate. *l. in pupillari* 14. *eod.*

Si hoc tempus exceſſerint) Liberi nimirum, quibus facta eſt ſubſtitutio, maſculi annos quatuordecim, fœminæ duodecim: neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui ſubſtituerunt, hæc referantur. Quod vero ait, exceſſerint, id verbum non puto 1
præciſe hic accipiendum eſſe, quaſi non ſatis ſit annum quartumdecimum aut duodecimum compleſſe, eoque non completo, ſed ſuperato demum extingui ſubſtitutionem; ſed potius explicandum ex iis locis, ubi ex profeſſo agitur de ætate, qua cives teſtamentum facere poſſunt. Atqui ex quo quis incipit teſtamentum facere poſſe, finem capere debet hæc ſubſtitutio, utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus fit, ſibi non poſſint hæredem facere. Aliud tamen D. Viglio viſum.

Evaneſcit) Etiamſi longius tempus comprehenſum fuerit, *d. l.* 14. *hoc tit.* Sed longiore tempore comprehenſo, an non ſaltem poſt pubertatem ſubſtitutio valebit jure fideicommiſſi? Finge ita factam, *Si filius intra annum viceſimum deceſſerit, Titius hæres eſto.* Ex hac ſubſtitutione conſtat, filio intra pubertatem defuncto directo jure ſuccedi, poſt id tempus non item. Sed quæritur an non ſaltem poſt pubertatem profi- 2
ciat ad cauſam fideicommiſſi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac ſi filius poſt pubertatem intra annum viceſimum moriens rogatus eſſet hæreditatem patris ſubſtituto reſtituere? Communis ſententia eſt, teſtibus Zaſ. *c.* 5. *de ſubſtit. compend.* Covarr. *in c. Raynut. de teſtam.* §. 9. *num.* 29. Jaſ. *in l. precibus* 8. *C. hoc tit. n.* 11. ejuſmodi ſubſtitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius ſuperſit. Quæ ſententia mihi veriſſima videtur. Etenim inconveniens omnino eſt, ut una ſubſtitutio diverſo jure pro diverſitate temporis cenſeatur, ſcilicet, ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris, quam filii, ex quibus una facta eſt hæreditas, complectatur, poſt pubertatem jure fideicommiſſi, & ſola patris bona contineat. Nec Juriſconſultus *in d. l.* 14. ſcribit, ſubſtitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehenſum eſt, poſt pubertatem ad fideicommiſſum trahi, ſed pubertate finiri: quod Juſtinianus hic expreſſit verbo ſignificantiſſimo *evaneſcere*. Quod ſi ne 3
illa quidem ſubſtitutio, quæ demum a pubertate incipit, jure fideicommiſſi valet, multo minus ullo jure valere poterit, qua etiam ætas pupillaris comprehenditur: nam ut bene diſputant Mantic. VII. *de conj. ult. vol. tit.* 3. *num.* 9. Gomez. 1. *reſol.* 7. *num.* 2. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 16. *num.* 5. facilius ad fideicommiſſum trahi poteſt poſt pubertatem facta verbis directis in ſecundum caſum ſubſtitutio, quam ea, quæ annos pupillares ſimul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem DD. & cum his comm. interpretes non concedunt, quod nos pro vero & certo aſſumimus, nimirum ne illam quidem ſubſtitutionem, quæ a pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus poſt quartum decimum annum deceſſerit*, ad cauſam fideicommiſſi proficere, id nobis prius quam hinc abeamus, probandum eſt. Non valere quaſi fideicommiſſum, argumento ſit *l. ſi ſervus legat.* 108. §. *ſi ſervus alienus* 9. *de legat.* 1. *l.* 9. *de teſt. man.* quibus in locis ſervo alieno directa libertas fruſtra dari dicitur. Quod ſi favor libertatis verbum directum ad fideicommiſſum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur teſtatoris voluntatem, quæ contra leges eſt, adjuvemus,

muſus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommiſſum, de quo non apparet teſtatorem cogitaſſe? Neque enim ut quid valeat jure fideicommiſſi, ſufficit, tale id eſſe, quod jure fideicommiſſi valere poſſet, ſi teſtator voluiſſet, niſi & voluerit. *l.1. l.13. §.1. de jur. cod. l. ex ea ſcriptura 29. qui teſt. fac. l. quærebatur. 19. de teſt. mil. l. cohæredi. 41. §.3. hoc tit.* Sed quid opus eſt argumentis? Papinianus *l.7. eod.* omnem dubitationem tollit, cum ſic ſcribit, *Verbis civilibus ſubſtitutionem poſt quartumdecimum annum fruſtra fieri convenit*, neque enim fruſtra fieri diceret aut recte diceret, ſi poſt id tempus quaſi fideicommiſſum valeret, & verba directa inflecterentur. Non obſtat huic ſententiæ *l. Scævola 76. ad Trebell.* quoniam quod Scævola ibi reſpondet, id in caſu illic propoſito favore pupilli benigne receptum eſt, ut ipſe ſignificat, & tamen ſimul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim ſubstitutio facta in codicillis: qui locus eſt obliquarum non directarum diſpoſitionum. Proponitur pupillus, cui ita ſubſtitutio facta, in ætate pupillari deceſſiſſe: atque in hac ſpecie reſpondet Juriſconſultus benigna interpretatione, placere, ut quod valere non poteſt, ut teſtamentum pupilli, valeat ſaltem quaſi codicillus ab inteſtato; cumque ratio juris non patiatur, ut ex hac ſubſtitutione, hæredem habeat directo, ut habeat ſaltem ex fideicommiſſo, poſtquam patri conceſſum, legitimum filii hæredem fideicommiſſo obſtringere. Ceterum ſuſtinebitur hoc fideicommiſſum uſque ad tempus pubertatis; cum vero pupillus adoleverit, evaneſcet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum eſt, puberi jam facto obſit in libertate teſtandi, *arg. l. ſi fundum 92. §. 2.* junct. *l. quod fideicommiſſ. 93. de leg. 1. l. cohæredi. 41. §.3. hoc tit. l. ex facto 43. §.1. eod.* junct. *d. l. Scævola. 76.* ita ferme & plerique recentiores. Cujac. 11. *obſ.* 25. Govean. *ad d. l. 7.* Paul. Buſ. *ad l. centurio 15. eod.* Duar. *comm. in hunc tit. c.16.* Vaſq. *l.1. de ſucc. progr. §.1. num.* 118. Ant. Fab. XV. *comm.* 12. *&* 14. Fachin. IV. *contr.* 44. add. Menoch. *de præſumpt. part. 2. lib.* IV. *tom.* 1. *præſ.* 34. *&* 55. & quæ nos *ſub §. ſeq.* VINN. Nec tamen omnes. Nam ſunt, quibus contraria ſententia videtur probabilior: quia quidquid in fideicommiſſum legitime flecti poteſt, facile flecti ſolet. *§. 3. Inſt. quib. mod. teſt. inf. l.2. C. comm. de leg. l. 69. pr. ff. de leg. 2. l. 15. C. de teſtam.* Quæ attulit Vinnius, ad jus vetus pertinent, quum nondum tantum auctoritatis tribueretur fideicommiſſis tacitis. Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus pupillariter non ſubſtituitur.

9. *Extraneo vero, vel filio puberi hæredi inſtituto ita ſubſtituere nemo poteſt, ut ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit hæres: ſed hoc ſolum permiſſum eſt, ut eum per fideicommiſſum teſtator obliget alii hæreditatem ejus vel totam vel pro parte reſtituere: quod jus quale ſit, ſuo loco trademus.*

NOTÆ.

9. *Vel filio puberi*) *L.7. eod.* ubi Papinian. ſcribit, verbis civilibus ſubſtitutionem poſt quartum decimum annum fruſtra fieri: ac proinde talis ſubſtitutio, ne jure quidem fideicommiſſi valebit: nam quod fruſtra fit, nullo genere valere intelligitur.

Nemo poteſt) *Nemo* ſcilicet paganus: nam militi hæc conceſſa ſunt, *l.5. l. 41. §. 4. de teſtam. milit. l.15. hoc tit. l.8. C. eod.* ut & alia, quæ in paganis non obtinent, *l.2. §. 1. hoc tit. l.15. §. pen. de teſtam. milit.*

Suo loco trademus) *In fin. hujus lib. tit.* 23.

COMMENTARIUS.

1. *Militum privilegia circa directam ſubſtitutionem in caſum pupillarem.*
2. *Apud Batavos & pleroſque alios Belgii populos pupillarem ſubſtitutionem locum non habere, & an locus ſit exemplari?*

QUæ hoc §. traduntur, omnia conſequentia ſunt iis, qui relata ſunt initio hujus tit. Nam ſi parentibus tantum permiſſum eſt, liberis impuberibus, & iis duntaxat, quos in poteſtate habent, ita ſubſtituere, ut ſi hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius ſit eis hæres; ex eo omnino efficitur, neque parentes poſſe ita ſubſtituere liberis, quos in poteſtate non habent, nec ſi in poteſtate habeant, & puberes ſint. Poſtremo nec omnino quenquam alium poſſe vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo ſubſtituere, ut ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita deceſſerit, alius ei hæres ſit: in tantum, ut nec jure fideicommiſſi talis ſubſtitutio valeat, ut modo probavimus, & hic locus inſuper confirmat, cum dicat Juſtinianus, neminem poſſe extraneo aut filio puberi, in caſum quo hæredes futuri ſunt, ſubſtituere: ſed tantum permiſſum eſſe teſtatori, ut hæredem inſtitutum per fideicommiſſum obliget, &c. Cur enim requireret expreſſum fideicommiſſum, ſi ipſa directa ſubſtitutio in propoſito jure fideicommiſſi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat? ut bene diſputat D. Viglius *hic*, & Ant. Fab. XV. *conj.* 12. contra DD. vulgo, quos ſequuntur Gomez. & Mantic. *ubi ſupra*. Solis militibus 1
conceſſum eſt, ut etiam liberis emancipatis, aliiſve extraneis, qui hæredes extiterunt, directo ſubſtituant: ſed hoc jus in his exercetur, quæ a milite ad eum, cui ſubſtituit, pervenerunt, non quæ aliunde. *l.5. l. miles ita 41. §.4. de teſtam. milit.* Ejuſdem privilegii eſt, quod miles liberis ſuis etiam poſt pubertatem directo ſubſtituere poteſt, ſive compendio ſive expreſſa certa poſt pubertatem ætate; ut utraque ſubſtitutio intra pubertatem valeat jure communi ſive directo, *l. centurio 15. hoc tit.* poſt eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommiſſi, *l. precibus 8. C. eod.* & bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæreditate, *d. l. 15.* id eſt, ut recte Govean. & Buſ. *ibid.* Perez. *ad tit. C. de imp. & al. ſubſt. num.* 27. *&* 28. cum fructibus pendentibus, & maturis tempore mortis ipſius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem. *l.9. ad l. Falc.* ac per conſequens in fideicommiſſariam hæ-

hæreditatis reſtitutionem venire oportet: neque ad hos fructus pertinet *l. in fideicommiſſaria* 18. *in pr. ad Sen. Trebell.* idque etiam crebrius placuit: licet Anton. Fab. *d. loc.* Duar. *d. comm. c.* 23. Hotoman. 1. *amicab.* 17. Don. *in d. l. precibus* 8. contendant, hujuſmodi ſubſtitutiones a milite factas etiam poſt pubertatem valere jure directo. Vinn. Nec male hi interpretes, ex mea quidem ſententia. Favent enim illis *l.* 5. *ff. de teſtam. milit.* & *l.* 15. *ff. h. t.* ubi ſubſtitutus dicitur *capere* bona patris. *Capi* autem dicuntur ea, quæ jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulpian. *tit.* xxiv. §. 2. *ſeqq.* Ita fere Merill. *Obſ. lib.* vi. *cap.* 5. ubi & argumenta ab aliis in contrarium adlata eleganter diluit. Hein. Porro de fideicommiſſaria ſubſtitu-
2 tione tractatur in *fin. hujus libri tit.* 23. Apud Batavos & Zelandos ſubſtitutioni pupillari locum non eſſe, utpote quæ originem trahit a ſingulari illa Romanorum in liberos poteſtate, quæ nobis incognita, tradit D. Grot. *lib.* 1. *manud. ad Batav. Juriſpr. c.* 6. & *lib.* 11. *cap.* 19. *in fin.* & ſecundum eum judicatum eſt. De cetero quoque Belgio (excipienda tamen Friſia) idem refert D. Gudelin. *lib.* 11. *de jur. noviſſ. c.* 5. *ſub fin.* Num etſi nos quoque poteſtatem in liberos noſtros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria ſe extendat: atque inauditum eſt, tantam nunc eſſe patriam poteſtatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui ſuccedat in univerſa filii bona, non ſolum quæ a patre ipſo, ſed etiam quæ aliunde accepit, atque adeo dare etiam exhæredato: ſed utimur ſubſtitutione fideicommiſſaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quaſi pupillarem ſubſtitutionem agnoſcere, inauditumque eſſe, patrem filio mente capto ea ſubſtitutione, quam ad exemplum pupillaris Juſtinianus introduxit, teſtamentum facere, eique dare hæredem Grot. & Gudelin. *ubi ſup.* Groenew. *de leg. abr. hic.* Ceterum hoc non obſtante nuper Curia Hollandiæ hujuſmodi teſtamentum reſcindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris ſubſtitutio neque libera ſit, neque a vi patriæ poteſtatis, ut ſuperior illa, pendeat, ſed in ſola humanitate fundata ſit: idemque matri & avo materno hic conceſſum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quam in poteſtate conſtitutos, vid. *ſup.* §. 1. *eod.* Quanquam mores noſtri totum hoc averſari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admiſſa exemplari ſubſtitutione in liberis mente captis, ex ratione conſtitutionis Juſtiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamſi ſanæ mentis ſint, per ea, quæ *d.* §. 1. *n.* 3. Curiam tamen pro teſtamento pronunciaſſe, poſtea intellexi. Sed & gentis noſtræ ſimplicitati conveniens eſſe multi exiſtimant, ut ſubſtitutiones directis verbis in ſecundum caſum factæ, puta ſi hæredi inſtituto, & in caſum, *ſi hæres erit*, & intra certum tempus deceſſerit, alius directo ſubſtituatur, valeant jure fideicommiſſi, quaſi factæ in codicillis. *arg. l. Scævola.* 76. *ad Sen. Trebell.* & exemplo ſubſtitutionum militarium, *l. centurio.* 15. *ff.* junct. *l. precibus.* 8. *C. hoc tit.* Gudelin. *lib.* 11. *de jur. noviſſ. c.* 5. Cyprian. *cenſ. Belg. hic.* Groenew. *tract. de legib. abrog. eod.*

Titulus decimusſeptimus.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 3.

Ratio ordinis.

EXpoſita ſunt ea omnia, quæ ad conſtitutionem teſtamenti neceſſaria, diximus initio tractatus de teſtamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria; ut perſona teſtantis talis ſit, quæ teſtamenti factionem habeat; ut teſtamentum fiat adhibitis ſolemnitatibus, tum communibus & externis, videlicet præſentibus ſeptem teſtibus idoneis, &c. tum internis, & quorundam teſtatorum propriis, ſcilicet ut pater teſtaturus liberos, quos in poteſtate habet, hæredes inſtituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus teſtamentum ab initio nullum eſt, *l.* 1. *de injuſt. rupt. irr. fact. teſt.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæſitum eſt, juſtum ſive jure factum teſtamentum, *l.* 4. *qui teſtam. fac.* Quia vero non ſatis eſt ad deferendam ex teſtamento hæreditatem, id ab initio juſtum eſſe, niſi & tale ad extremum perſeveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus teſtamenta rite facta infirmantur, quam progrediatur ad diſputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

Textus.

Quibus modis teſtamenta infirmentur.

Teſtamentum jure factum uſque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

Notæ.

Donec rumpatur irritumve fiat) Rumpi & irritum fieri privationem ſignificant, & ideo proprie non niſi de iis, quæ jure ſubſiſtunt prædicantur, *l.* 5. *hoc tit. de injuſt. rupt.* &c. privato enim, ut in ſcholis dicitur, præ-

præſupponit habitum. Quæ vero teſtamenta non jure facta ſunt, injuſta & nulla dicuntur, veluti ubi ſolemnia deſunt, aut filius in poteſtate præteritus eſt, *l. 1. l. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eod.*

Commentarius.

D*Onec rumpatur irritumve fiat*) Ratio infirmandi teſtamenti non una eſt; nam & ſententia judicis *reſcinditur*, ſi querela inſtituta inofficioſum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. ſeq.* & a prætore data bonorum poſſeſſione contra tabulas *tit. de bon. poſſ. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur ſola poteſtate juris: idque iterum duobus, iiſque diſcretis modis, quorum altero *rumpi* dicitur, altero *irritum fieri*. De teſtamento rupto diſputatur uſque ad §. 4. inde de irrito adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Juſtinianus rem totam non plene explicat; nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei eſt, penitus percipi poſſit ex noſtra in ſingulos hujus *tit.* §§. explicatione. De bonorum poſſeſſione contra tabulas, qua & ipſa jure prætorio teſtamentum reſcinditur, demum dicemus in ſecunda ſpecie acquiſitionis per univerſitatem, *inf. lib. 3. tit. 10.*

Textus.

Quando teſtamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1. ***Rumpitur autem teſtamentum, cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtamenti jus vitiatur. Si quis enim poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem eum, qui eſt ſui juris, aut per prætorem, ſecundum noſtram conſtitutionem, eum, qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum ejus rumpitur quaſi adgnatione ſui hæredis.***

Commentarius.

C*Um in eodem ſtatu manente teſtatore*) Toties rumpi teſtamentum dicitur, quoties evertitur manente teſtatore in eodem ſtatu: cum vero ſtatum mutat, id eſt, capite minuitur, non rumpi, ſed irritum fieri teſtamentum proprie dicitur. §. 4. *inf. eod.* Apparet igitur, *in eodem ſtatu* hic dici oppoſitive reſpectu ejus modi, quo teſtamentum infirmatur ob id, quod teſtator in eodem ſtatu non manſit: quare expungenda eſt e paraphraſi Theophili negatio, & pro μη μειναντος, legendum μειναντος επι της αυτης καταστασεως, quomodo & in duobus regiis codicibus legi teſtatur Fabrotus. Porro ut teſtatoris ſtatu non mutato teſtamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione ſui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter ſequenti, uno uterque exemplo, declaratur.

Adoptaverit ſibi filium per Imperatorem) Id eſt, adrogaverit: eſt enim periphraſis adrogationis, quæ ſpecies adoptionis eſt, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adſciſcimus, qui ſui juris eſt. Stante repub. populum auctorem fieri neceſſe erat, ut annotatum eſt, *lib. 1. tit. de adopt.*

Secundum noſtram conſtitutionem) *L. pen. C. de adopt.* vide *ſup.* §. 2. *eod.* quæ diſponit, ut ſi filius extraneæ perſonæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra ſervarentur, ſi vero perſona non extranea, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, ſolvi jus patris naturalis, & tranſire adoptatum in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc caſu per adoptionem teſtamentum rumpi, quaſi agnatione ſui hæredis; illo non item: cum olim indiſtincte quavis adoptione, ſicuti adrogatione, rumperetur, *l. 8. de injuſt. rupt. teſt.* Ceterum hi ita rumpunt, ſi præteriti ſint: nam ſi qui hæres antea inſtitutus erat, poſtea a teſtatore adrogetur vel adoptetur, poteſt dici, ei ſatisfactum eſſe, *l. ſi quis 18. eod. tit. l. filio 23. §. 1. de lib. & poſth.* Quid ſi exhæredatus ſit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani ſententiam probat, ut exhæredatio extraneo ſcripta ei poſtea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui poſtea adrogatus ſit, *l. 8. §. ſi quis 7. & ſeq. cont. tab. d. l. 23. in pr. de lib. & poſt.* credo, quia in perſona extranei exhæredatio inepta & nulla eſt, de quo conſule Vigl.

Quaſi agnatione ſui hæredis) *L. verum 8. de injuſt. rupt.* multoque certius ſui hæredis agnatione vera & naturali, cum ſcilicet poſt teſtamentum factum teſtatori filius ex uxore naſcitur, *l. 3. §. 1. de injuſt. rupt.* Similiter ſi nepos, qui tempore teſtamenti facti ſuus hæres avo non erat; patre remoto in locum ſui hæredis vivo avo ſucceſſerit, quaſi agnaſcendo teſtamentum avi, quo præteritus eſt, rumpit, *l. poſtumorum 13. d. tit.* quæ ſpecies forte hic ideo non repetuntur, quia alibi propoſitæ ſunt, §. 1. & 2. *ſup. de exhæred. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales ſuſcepti ex concubina, & poſt factum teſtamentum legitimati, ſive inſequenti matrimonio, ſive curiæ oblatione, ſive per reſcriptum Principis. Nam cum hi etiam jura ſuorum hæredum conſequantur, §. 2. *inf. de hær. qua ab int. Nov. 89. c. 8. & 9.* neceſſe eſt, ut & ipſi, a patre præteriti, teſtamentum rumpant quaſi agnatione.

Textus.

De poſteriori teſtamento.

2. ***Poſteriore quoque teſtamento, quod jure perfectum eſt, ſuperius rumpitur: nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit. Ideoque ſi quis aut noluerit hæres eſſe, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, deceſſerit, aut conditione, ſub qua hæres inſtitutus eſt, defectus ſit: in his caſibus paterfamilias inteſtatus moritur. Nam & prius teſtamentum non valet, ruptum a poſteriore; & poſterius æque nul-***

nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.

NOTÆ.

2. *Superius rumpitur.*) Etiamſi nominatim non revocetur, *l. 1. l. 2. eod. l. 27. C. de teſtam.* Ea quippe voluntas rata eſſe debet, quæ noviſſima. *l. 4. de adim. leg.* Sic etiam leges poſteriores & pacta noviſſima derogant prioribus. Rumpitur quoque teſtamentum corruptis tabulis, puta deletis, inciſis, cancellatis, &c. *l. ult. h. t. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. ſec. tab.*

Aut conditione defectus) Etenim tam ſolemne riteque per omnia factum teſtamentum habetur, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quam quo pure, *§. 9. ſup. de hær. inſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Vis & effectus inciſionis teſtamenti, deletionis ſcripturæ, cancellationis, &c.*
2. *Inciſo, deleto, cancellato, &c. teſtamento, utrum hæreditas fiſco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis?*
3. *An jura de inciſione, inductione, &c. agentia accommodari debeant & ad teſtamenta nuncupativa, de quibus inſtrumentum conficitur, ut nunc moris eſt?*
4. *Cur prius teſtamentum etiam tabulis manentibus integris ſemper rumpatur a poſteriore?*
5. *Ad infirmandum prius teſtamentum neceſſe non eſſe, ut id in poſteriore nominatim revocetur.*
6. *Error Bachovii notatur & corrigitur.*
7. *Quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterioris voluntatis?*
8. *Prius teſtamentum per poſterius tolli, etiamſi ex poſteriore nemo hæres extiterit.*
9. *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & teſtamentum deſtituatur?*

SEcundus modus, quo teſtamentum, initio rite factum poſtea rumpitur, eſt mutatio voluntatis teſtatoris. Hic modus iterum duplex eſt; nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manenti-
1 bus. Corruptis, ſi teſtator teſtamentum inciderit, laceraverit, ſcripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, ſigna amoverit aut turbaverit, *tit. de his quæ in teſtam. delent. l. ult. de injuſt. rupt. teſt. l. ad teſtium 22. §. 3. qui teſt. fac. l. 1. §. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab. l. 12. l. pen. C. de teſtament.* niſi forte non conſulto, ſed incaute quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc ſi legi adhuc, quod ſcriptum eſt, utcumque poterit, ratum manebit teſtamentum. *l. 1. de his quæ in teſt. del. d. l. pen. C. de teſt.* Plane inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quam ſcriptura inducta aut cancellata eſt. *l. 2. & 3. d. tit. de his quæ in teſt. del.* Neque ex pluribus teſtamenti codicibus uno deleto aut inciſo teſtamentum ſublatum eſſe intelligitur, niſi hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, probaverint id ideo a patrefam. factum eſſe, ut inteſtatus morere-
2 tur *l. ult. eod. tit.* His autem modis teſtamento rupto, hæreditas non applicabitur fiſco, ſed deferetur hæredibus ab inteſtato, *d. l. pen. C. de teſtam. l. 1. §. pen. unde liberi. l. ult. de his quæ in teſt. del.* niſi ſpeciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in caſu tanquam ab indignis hæreditatem fiſcus aufert. *l. 3. d. tit. l. cum tabulis 16. §. 2. de his quæ ut indign.* Clar. §. *teſtamentum qu. 93. n. 2.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. XII. tit. 1. n. 31.* Paul. Buſ. *ad l. 1. & ſeqq. de his quæ ut indign.* Quæ de inciſione aut cancellatione teſtamenti dicuntur, ea conſtat ad teſtamenta nuncupativa, quæ
talia ſunt, applicari non poſſe. Sed an his modis item 3
rumpantur, quæ, uti hodie moris eſt, per nuncupationem quidem fiunt, ſed ita ut voluntas ſuprema juſſu teſtatoris ſcripto comprehendatur a Notario in ſcheda, unde mox diligentius exſcribatur & in formam redigatur inſtrumenti? quæſitum eſt. Julius Clarus *d. loc.* exiſtimat, inciſionem aut cancellationem inſtrumenti ad caſſationem & annullationem talis teſtamenti non ſufficere, ſi protocollum notarii integrum relictum ſit; quod & Viglio placere videtur, *in §. pen. h. tit.* cum ait, non minus talia teſtamenta ex verbis & voce ſubſtantiam capere, quam quæ ſcripta non ſunt, & ideo diſcerptis ſcripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando ſecutus eſt, *deciſ. Cur. Holl. 1.* eandemque ſententiam & Peckius probat, *lib. 1. de teſt. conjug. cap. 4.* Sed videamus an non & hæc teſtamenta in hoc, de quo quærimus, jure ſcriptorum cenſenda ſint, cum Paul. Caſtrenſ. *in l. pen. C. de teſtam. n. 7.* Vaſq. *lib. 11. de ſucceſſ. creat. requiſ. 8. num. 62. & requiſ. 17. n. 63.* Graſſ. *§. teſtamentum quæſt. 85. num. 2.* Bachov. *in Treutl. vol. 11. diſput. 10. theſ. 7.* Utique enim ex inciſione aut deletione certo colligitur, teſtatorem noluiſſe teſtamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut deſtructo deletove inſtrumento, in quo tota vis probationis conſiſtit, dicamus, teſtamentum nihilominus robur ſuum retinere. Sciendum namque eſt, poſtquam ex voluntate teſtatoris, quæ ſchedula continebantur, in inſtrumentum collata ſunt, ſimul omnem illius vim in inſtrumentum collatam cenſeri; ac proinde, ceſſante jam officio ſchedulæ, totam vim depoſitionis a ſolo inſtrumento dependere, adeo, ut mortuo teſtatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis deſideretur, uti poſt Gloſſ. & Bart. *in l. hæredes 21. de teſtam.* plerique tradiderunt. Sichard. *in l. hac conſultiſſima 21. §. per nuncupationem num. 1. C. eod.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 1. tit. 6. n. 6.* Afflict. *deciſ. 166. n. 2.* Neque obſtat huic ſententiæ *l. ult. de his quæ in teſtam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius teſtamenti inſtrumentis æque principalibus unum forte teſtator delevit aut incidit, non omnia; uti ſpecies proponitur, & in terminis reſpondet Caſtr. *ubi ſup.* Etſi autem protocollum notarii integrum relictum ſit, ex eo tamen voluntas ultima conſervata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad teſtatorem, ſed notarius ex officio illud conficere tenetur fidei & collationis gratia, & quia inſtrumentum amitti poteſt. Ceterum priorem ſententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. Ant. Fab. *C. ſuo de teſtament. deciſ. ult.* Integris tabulis
manentibus teſtamentum rumpitur ob mutationem 4
voluntatis, ſi teſtator aliud teſtamentum fecerit: qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque teſtamentum plenam univerſi juris ſucceſſionem continet, ac proinde quicunque teſta-

mentum facit, cenſetur de omnibus bonis diſponere, ut non magis duo teſtamenta ſimul conſiſtere poſſint, quam duo domini ejuſdem rei in ſolidum conſtitui. Igitur cum ex pluribus teſtamentis unum tantum conſiſtere poſſit, id valere debet ex voluntate ipſius defuncti, quod noviſſime factum eſt, per vulgata. Non obſtat, quod ſententia judicis prima, non poſtrema, rata habetur: non enim ut teſtantis voluntas ambulatoria eſt, ita & judicis: ſed judex ſimul ac ſententiam dixit, officio ſuo functus eſt: & ideo iterum de eadem re pronuntiandi poteſtatem non habet. *l. judex 55. de re jud.* Plane ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet ſequentes quoque jure ordinatas & perfectas eſſe, de quo plenius ſub *§. pen. inſ. eod.*

Superius rumpitur) L. 1. l. 2. *de injuſt. rupt. teſt.* & quidem ob hoc ſolum, quod aliud teſtamentum poſtea factum eſt, quod Juſtinianus ſignificat, *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* cum ait, ſecundo teſtamento perfecto
5 prius tolli ipſo jure. Non eſt igitur neceſſe, ut poſteriore teſtamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipſius etiam rei natura ſatis demonſtrat: ac proinde ſupervacua eſt notariorum clauſula, quam poſterioribus tabulis inſerere ſolent, nimirum teſtatorem revocare, caſſare & annullare teſtamenta antea a ſe facta. His autem conſequens eſt, & codicillos, ſi qui facti fuerint, per poſterius teſtamentum everti, quamvis expreſſe revocati non ſint: cum enim teſtamento facto codicilli jus ejus ſequantur, eo infirmato ſimul concidant neceſſe eſt, *l. 3. §. ult. l. ab inteſtato 16. de jur. cod. l. 1. C. eod. tit.* Vinn. Hujus juris elegans ratio reddi poteſt ex ipſa natura teſtamenti. Teſtamentum olim erat lex. Hinc condebatur in comitiis calatis: hinc utendum erat verbis directis & legiſlatoriis: *hæres eſto, damnas eſto, capito, ſumito:* &c. hinc ipſum vocabulum xii. tab. legare, quaſi *legem dicere* νομοθετειν. Quemadmodum itaque lex poſterior tollit priorem: *l. ult. ff. de conſt. princ.* conſequens videbatur, ut & teſtamentum poſterius ſine nova revocatione rumperet prius. Et id principium, uti alia retinuere veteres JCti, quum jam obſoleviſſet ritus teſtandi in comitiis, & teſtamenta jam formam mancipationis per æs & libram induiſ-
6 ſent. Hein. Quamobrem non recte Bachovius ſcribit, generalem clauſulam, qua revocatur omnis præcedens diſpoſitio, ſupervacuam quidem eſſe, quod attinet ad infirmationem prioris teſtamenti, cum id hoc ipſo, quod aliud conditum eſt, evertatur: non autem quoad codicillos antea factos: quippe qui alias cum teſtamento conſiſterent. Hoc enim falſum eſſe, & ſublato priore teſtamento per conſequentiam etiam codicillos corruere, etiamſi nulla revocatio prioris voluntatis facta ſit, ex locis modo allegatis perſpicue patet. Plane ſi nullum teſtamentum, ſed codicilli tantum antea facti proponantur, teſtamento poſtea facto hujuſcemodi clauſula otioſa non erit, poſtquam placuit, codicillos, qui teſtamentum præcedunt, facto poſtea teſtamento vim ſuam non amittere, niſi appareat, teſtatorem a voluntate, quam in codicillis expreſſerat, receſſiſſe, *§. 1. inf. de codicill.* Et fortaſſis hoc etiam ſenſit Bachovius. Sed quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterio-
7 ris voluntatis? interpretes comm. cenſent, prius teſtamentum habens talem clauſulam per poſterius, quamvis numeris omnibus abſolutum, non tolli, ac ne tunc quidem, quando poſterius continet revocationem generalem præcedentium omnium diſpoſitionum, ſed omnino ad infirmationem primi teſtamenti derogatorii neceſſarium eſſe, ut illius ſpecialis mentio & expreſſa revocatio fiat in ſecundo, per *l. ſi quis 22. de legat. 3.* Gomez. *ad l. Tauri 3. num. 92.* Covar. *de teſt. p. 2. rubr. n. 5.* Vaſq. *de ſucceſſ. reſ. lib. 1. §. 1. num. 29. & ſeqq.* Clar. *d. §. teſtamentum q. 99.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. xii. tit. 8.* Peck. 1. *de teſtam. conjug. c. 10.* Graſſ. *§. teſtamentum quaſt. 86. & ſeq.* Jac. Verwey *art. teſt. c. 13.* Quæ ſententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de jur. cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. cum ſimil.* Notatur a Cujac. xiv. *obſ.* 7. Ant. Merend. *lib. iv. contr. cap. 49.* Ant. Faber eam numerat inter graviſſimos errores, quos antiqui Gloſſatores invexerunt, *dec. 37. err. 7. & ſeqq. & dec. 38. err. 1. & dec. ſeq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis ſupremorum tribunalium comprobata eſt, Guid. Pap. *quaſt.* 127. Papon. *lib. 11. tit. de teſtam. areſt. 4. & 5.* Ant. Fab. *C. ſuo tit. de teſt. defin. 9. & ſeqq.* Joan. a Sande *lib. iv. tit. 1. defin. 10.* Nec deeſt color, quo regi poſſit, Grot. 11. *manuduct. cap. 24.*

Nec intereſt; extiterit aliquis hæres ex eo, &c.) Quæ 8
ſequuntur, continent ampliationem quandam regulæ in initio poſitæ, nimirum prius teſtamentum tolli per poſterius, non tantum cum ex poſteriore hæres extiterit, ſed etiam eo deſtituto, *l. 1. l. 16. de injuſt. rupt. teſt. l. 9. de lib. & poſt.* Quod hanc rationem habet, quo aditio hæreditatis ad ſubſtantiam aut perfectionem teſtamenti quæ ſola hic requiritur, non pertinet; nec prioris teſtamenti ſublatio pendet ab eventu aliquo, aut caſu contingente poſt mortem teſtatoris, ſed illud ſtatim vivo adhuc teſtatore, ipſo jure per poſterius rumpitur; ut proinde ſi poſteriores tabulæ jure ordinatæ ſint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamſi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ, utpote ſemel ruptæ, non reſtituantur. Pari ratione, ſi poſtumus priori teſtamento inſtitutus, vel exhæredatus ſit, poſteriore præteritus, & nato poſtumo poſterius rumpatur, nihilo magis reſtituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.) Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & teſtamentum deſtituatur.
Id fit in ſumma dupliciter, vel quia hæres ſcriptus non 9
vult hæres eſſe, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres eſſe non poteſt: quod contingit, ſi vel deceſſerit vivo adhuc teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad inſtituti hæredes tranſmittitur, exceptis perſonis comprehenſis, *l. un. C. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. in noviſſimo 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio, ſub qua hæres inſtitutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius teſtamentum non eo minus rumpi per poſterius, quod in priore hæres pure, in poſteriore ſub conditione ſcriptus eſt, quamvis in uno eodemque teſtamento ſubjecta puræ inſtitutioni conditio nihil operetur, *l. ſi te 27. §. 1. de hær. inſt.* Etenim tam ſolemne riteque per omnia factum habetur teſtamentum, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quam quo pure, *§. hæres 9. ſup. de hær. inſt.* pendetque hoc totum a ſola voluntate teſtatoris. Contra-

tractus verò puros per conditionales non reſolvi, mirum non eſt, veluti ſi id, quod pure emi, rurſus emam ſub conditione: nam poſteriore emptione ideo nihil agitur, quia jam mihi quæſita eſt actio ex emptione priore, *l. 7. in pr. de reſc. vend.*

His caſibus paterfam. inteſtatus moritur) Id eſt, exitum inteſtati facit, res redit ad cauſam inteſtati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis teſtamenti ſolvitur, ut adeo nihil interſit, utrum aliquis teſtatus non ſit, an hærede deſtituatur, *l. ſi nemo 181. de reg. jur.* Sed de hoc ex profeſſo *inf. tit. de hær. quæ ab int. def. in pr.*

Textus.

De poſteriore, in quo hæres certæ rei inſtitutus.

3. *Sed & ſi priore teſtamento jure perfecto poſterius æque jure fecerit; etiamſi ex certis rebus in eo hæredem inſtituerit? ſuperius tamen teſtamentum ſublatum eſſe, divi Severus & Antoninus Auguſti reſcripſerunt: cujus conſtitutionis verba & hic inſeri juſſimus, quum aliud quoque præterea in ea Conſtitutione expreſſum ſit.* Imperatores Severus & Antoninus Auguſti Cocceio Campano. Teſtamentum ſecundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres ſcriptus ſit, perinde jure valere, ac ſi rerum mentio facta non eſſet: ſed & teneri hæredem ſcriptum, ut contentus rebus ſibi datis, aut ſuppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem reſtituat his, qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, propter inſerta fideicommiſſi verba, quibus ut valeret prius teſtamentum expreſſum eſt, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem teſtamentum hoc modo efficitur.*

Notæ.

3. *Ex certis rebus*) Nam non minus recte inſtituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quam ex parte hæreditatis. *l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. l. 10. de hær. inſt.*

Ac ſi rerum mentio facta non eſſet) Rei enim mentio poteſtate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat hæredem eſſe rei ſingularis: itaque univerſa bona obtinebit, niſi cohæredem ſimpliciter aut ex parte ſcriptum acceperit, tunc enim legatarii loco erit. *l. 41. in fin. de vulg. & pup. l. 13. C. de hær. inſt.*

Ut valeret prius teſtamentum) Hæc clauſula cum hoc efficere nequeat, ut prius teſtamentum in ſuo robore duret, & ita duo ſint unius teſtatoris teſtamenta, ſic accepta eſt, quaſi vim prioris teſtamenti in cauſam fideicommiſſi & codicillorum convertere teſtator voluerit, *l. 19. de teſtam. milit.*

Commentarius.

1. *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres paſſim & quartam Senatuſconſulti intelligere.*
2. *Fideicommiſſa quandoque induci & ſine verbis fideicommiſſorum propriis ex voluntate teſtatoris.*
3. *Doctrinam hujus §. ad teſtamenta militum non pertinere, uti nec ſuperioris.*

Etiamſi ex certis rebus) Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l. ſi quis 29. ad ſen. Treb.* deſcripta, qua docemur, teſtamentum prius rumpi per id, quod ſecundo loco factum eſt, etiam tunc cum in poſterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re ſingulari, veluti fundo, inſtitutus eſt; idque efficitur certiſſima juris ratione. Nam non minus recte inſtituitur hæres ex re certa, quam ſimpliciter, aut ex parte hæreditatis: placetque hujuſmodi inſtitutionem valere, perinde ac ſi rei mentio facta non eſſet, ut ſi quis ſolus ita inſtitutus ſit, is omnium bonorum hæreditatem conſequatur, *l. 1. §. 4. de hær. inſtit. l. cohæredi 41. in fin. de vulg. & pup.* Cum igitur tale teſtamentum jure conſiſtat, neceſſe eſt, ut ſi ſecundo teſtamento hæres certæ rei ſcriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac ſi rerum mentio facta non eſſet) Si quis ex re certa hæres inſtitutus ſit, valet inſtitutio, non ut ex ea re hæres fiat: (nam hæredem eſſe rei ſingularis contradictionem implicat, cum hæres ſine univerſitate bonorum intelligi non poſſit:) ſed ut rei mentione poteſtate juris detracta, perinde habeatur, quaſi ſimpliciter hæres ſcriptus eſſet, *l. 1. § ſi ex fundo 4. l. 9. §. ſi duo 13. l. 10. de hær. inſt.* & proinde niſi cohæredem habeat, univerſam hæreditatem obtinebit *l. cohæredi 41. in fin. de vulg. & pup.* Vide, quæ ſcripſimus *ſub §. hæreditas* [illegible] *§. & ſi plures 8. ſup. de hær. inſt.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia) Id eſt, ex Senatuſconſulto Pegaſiano, quo quartæ ex fideicommiſſo hæreditatis retentio, aut ſuppletio, ſi minus relictum eſt, qui caſus hic proponitur, permiſſa eſt; aut potius juxta mentem Juſtiniani, ex Senatuſconſulto Trebelliano: poſtquam Pegaſianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebellianum translata eſt. *§. ſed quia 7. inf. de fideicomm. hær.* Familiare autem & perpetuum veteribus eſt, ut etiam eam quartam, quæ ex Senatuſconſulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre eſt in *l. in ratione 30. §. tametſi 7. l. Titia 86. l. acceptis 93. ad leg. Falc. l. mulier 22. §. 2. l. deducta 58. §. 3. ad Sen. Treb. l. 2 in fin. de jur. cod. l. 10 C. ad leg. Falc. cum ſimil.* Quamombrem neſcio quid ſibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani poſitam ſomniet. Quin illa potius ſomniculoſi hominis monitio eſt. In analyſi ſua cautior fuit Vinn. Ideo autem quarta hæc vocari aliquando videtur Falcidia, quia SCta ſæpe legum nomine veniunt earum, ad quas facta ſunt. SCtum autem Pegaſianum videtur factum ad L. Falcidiam, & quartam quam illo a legatariis detrahi conceſſerat, ad fideicommiſſa protuliſſe. Recte Jac. Gothofredus *ad l. Pap. Popp. c. 17. p 332. Quæ SCta ad leges ſequuntur, ea JCti ipſis legibus tribuere ſolent.* Exemplum eſt in *l. 27. C. de nupt.* ubi *legi Juliæ & Papiæ* tribuitur, quod eſt ex SCtis *Perſicia-*

ſiciano, *Claudiano* & *Calviſiano*, ad illam legem factis, teſte Ulpiano *Fragm. tit.* XVI. §.5. Hein.

— *Quibus ut valeret prius teſtamentum*) Propter hanc clauſulam potiſſimum verba conſtitutionis Severi & Antonini juſſu Juſtiniani hic inſerta ſunt. Certi juris eſt, poſſe teſtatorem ab eo, quem hæredem inſtituit, fideicommiſſum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri reſtituit: proinde & ſi quis in re certa inſtitutus eſt, quia valet inſtitutio, etiam fideicommiſſum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommiſſum utiliter relictum intelligatur, non præciſe requirimus expreſſionem verborum, quæ fideicommiſſorum propria ſunt, ut, *peto*, *volo*, *rogo*, *fidei tuæ committo*; ſed plerumque etiam ſine his verbis admittitur ex ſententia & voluntate teſtatoris. *l. ubi.* 19. §. 1. *ad Sen. Treb.* Quod etiam accidit in propoſito, cum teſtator poſteriore teſtamento cavet, ut prius quoque teſtamentum valeat: deſunt enim hic verba fideicommiſſi, ſed optima ratione ex eo quod cautum eſt, colligitur. Voluit teſtator, cum ſecundum teſtamentum ordinaret, prius nihilominus
3 valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes priore teſtamento ſcriptos directo hæreditas perveniat, ne duo ſint teſtamenta ejuſdem teſtatoris: ſed ut manifeſta voluntas defuncti, quoad per jus licet, conſervaretur, verba directa iſtius clauſulæ ad cauſam fideicommiſſi tracta ſunt, & benigne ſic accepta, quaſi hæres poſteriore teſtamento ſcriptus, rogatus eſſet, hæreditatem reſtituere his, qui ſcripti ſunt in priore. Doctrina hujus & ſuperioris §. ut hoc in tranſitu moneam, ad teſtamenta militum non pertinet. Nam militi licet plura teſtamenta facere; ſive ſimul, ſive ſeparatim: nec prius per poſterius rumpitur, ſi hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem etſi in poſteriore teſtamento expreſſe caverit, ut prius quoque valeat: per hoc efficitur, ut duo ſint teſtamenta, & tam prior, quam poſterior voluntas valeat jure directæ inſtitutionis. Sed ſi poſteriore teſtamento verbis precariis uſus, fidei hæredis commiſerit, ut priores tabulæ valerent: in cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim prioris teſtamenti intelligitur convertiſſe, *l. quærebatur* 19. *de teſtam. mil.*

Textus.

De teſtamento irrito; & quibus modis fit irritum?

4. *Alio autem modo teſtamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecit teſtamentum, capite deminutus ſit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

Commentarius.

Hactenus de primo modo infirmandi teſtamenti ipſo jure, quo ſcilicet infirmatur, ſalvo ſtatu teſtatoris, & *rumpi* in ſpecie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur ſtatu teſtatoris mutato; qua mutatione ſuperveniente in uſu juris proprie dicitur *irritum fieri*, *l. 6. §. irritum. 5. l. 12. in fin. pr. de injuſt. rupt. teſt.*

Capite deminutus) Nec intereſt, qualis capitis deminutio intervenerit: omnibus enim modis capitis deminutionis ſtatus hominis mutatur, *ſup. de cap. dem. lib.* 1. & teſtamentum non eſt, niſi hominis liberi, civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in teſtatore requiruntur, teſtamenti facti & mortis. §. *non tamen 6. inf. eod.* Si vero quid poſtea ſupervenerit, quod ſtatum & conditionem perſonæ teſtatoris non mutet, veluti ſi poſt teſtamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris eſt, & teſtamentum ratum manet. De quo actum *ſup. tit. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Et primum igitur irritum fit teſtamentum capitis deminutione maxima, quia per eam teſtator in ſervitutem redigitur, *d. l. 6. §. irritum.* 5. Excipitur tamen quod factum eſt ab eo, qui ab hoſtibus captus eſt, ante captivitatem: quippe quod juris poſtliminii aut legis Corneliæ commento ſuſtinetur, *d. l. 6. §. pen. l. 12. qui teſt. fac. §. ult. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt.* ubi latius hoc explicatur. Secundo capitis deminutione media, puta ſi teſtator in inſulam deportatus ſit; quoniam hoc modo e numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis ſunt, amittit. §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. l. ſunt quidam.* 17. §. 1. *de pœn.* Quod autem Juriſconſultus *d. l. 6. §. ejus* 7. ait, teſtamentum ejus, qui deportatur, non ſtatim irritum fieri, ſed tunc demum, cum factum princeps comprobavit, id explicandum ex *l. 2. §. 1. de pœn. l. 6. §. 1. de interd. & releg.* atque ad præſidem referendum eſt, qui jus deportandi non habet; proconſul enim & præfectus urbi habent. *dd. ll.* Poſtremo & minima capitis deminutione teſtatoris teſtamentum ejus irritum fit, puta ſi ſe adrogandum dederit, *l. pen. §. 2. de poſſ. ſec. tab. §. non tamen 6. inf. hoc tit.* quoniam filiusfam. nec facere teſtamentum, nec cum teſtamento decedere poteſt. An autem emancipatione filiifam. veterani teſtamentum, de bonis caſtrenſibus factum, irritum fiat? quod negat Juriſconſultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum eſt, *§. denique 5. ſup. de mil. teſt.* Atque hic caſus a teſtatore venit. Eſt & alius, qui venit ab hærede, quo & ipſo ſuperveniente teſtamentum irritum fieri dicitur, ſcilicet ſi ex teſtamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri teſtamentum, *l. 1. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt. l. filium 20. de bon. poſſ. cont. tab. & in fragm.* Ulp. *tit. 23. §. 3.* & recte quidem: nam in hæredis aditione atque exiſtentia conſiſtit vis omnis atque effectus teſtamenti. Ceterum ſæpius hoc caſu teſtamentum dicitur *deſtitui* aut deſeri, *§. cum autem 7. & ſeq. de hær. q[illegible] int. l. 9. §. 2. de lib. & poſt. l. ult. de cond. inſt.* Nonnunquam etiam diſtinguitur hic caſus a teſtamento irrito facto, reſtricto ſcilicet irriti vocabulo ad ea teſtamenta, quæ infirmantur ſtatu teſtatoris mutato, *l. 1 in pr. de ſuis & legit. hær. inf. de hær. quæ ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius eſſe hujus loci, in quo id ſolum quæritur, an idoneum ſit teſtamentum ad deferendam hæreditatem? Raro etiam hodie contingit, ut teſtamentum deſtituatur, poſtquam Juſtinianus aliis etiam perſonis poteſtatem adeundi fecit, *Novell.* 1. *cap.* 1. de quo D. Grot. *lib.* 11. *manuduct. cap.* 24. *verſ.* 300. *Wauneer.* Vinn. Accedit & alia ratio, quod ejus novum invexit beneficium inventarii. *l. ult. §. 4. C. de jur. delib.*

Quum

Quum enim inventarii rite confecti is ſit effectus, ut hæres non teneatur ultra vires hæreditatis. §.15. *Inſt. de her. qual. & differ.* non temere quis repudiabit hæreditatem, ſine periculo a ſe adeundam. HEIN.

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. Hoc autem caſu irrita fieri teſtamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant. & ea, quæ ſtatim ab initio non jure fiunt, irrita ſint. Sed & ea quæ jure facta ſunt, & poſtea per capitis deminutionem irrita fiunt, poſſumus nihilominus rupta dicere. Sed quia ſane commodius erat, ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

NOTÆ.

5. *Hoc caſu irrita*) Etiam irritum fieri teſtamentum dicitur, ſi ex eo nemo hæres extiterit, *l.* 1. *h. t. l.* 20. *cont. tab.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

NOn eſt novum in artibus & præſertim in hac noſtra diſciplina, ut verba, quæ vi ſua generalia ſunt, doctrinæ & diſtinctionis cauſa contrahantur ad ſignificandam certam ſpeciem, quo magis ſingulæ res ſingulis verbis ad certam ſpeciem traductis intelligantur. Ut hic oſtenditur exemplo rupti & irriti facti teſtamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina ſunt, quæ per ſe generalem ſignificationem habent: ſæpe tamen his certa ſpecies ex inſtituto loquentis denotatur; quod tunc maxime fit, cum junguntur nominibus cognatæ ſignificationis.

Et quæ rumpuntur, irrita fiant) Rariſſime autem hæc a noſtris confunduntur, quanquam tamen aliquando. Ita non attenta hac diſtinctione uſuve ſpeciali horum verborum, irritum teſtamentum fieri dicitur, cujus tabulæ inciſæ aut inductæ ſunt, *l.* 3. *circa fin. l. ult. de his quæ in teſt. del. l. in fraudem* 15. §.1. *de teſt. mil.* quo tamen caſu teſtamentum proprie rumpi dicitur, ſi ſpecialem verborum ſignificationem ſpectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita ſint) Teſtamentum quod ab initio non jure factum eſt, injuſtum noſtri appellant, ut apparet ex inſcriptione & *l.1. tit. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſtam.* Hoc recte quidem & irritum dici poteſt, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque, quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita eſſe, non irrita fieri: nam irrita eſſe ea recte dicimus, quæ nunquam conſtiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cum antea conſtarent, everſa ſunt. Privationem enim ſignificant: privatio autem, ut in ſcholis loquuntur, præſupponit habitum. Allegatur a noſtris in eam rem *l.* 5. *de injuſt. rupt.*

Singulas cauſas) Ἕκαστον πάθος, *ſingula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *l.1.* §.3. *de tab. exhib. l.* 2. *C. de edict. D. Hadr. toll. l.* 11. *C. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convaleſcit.

6. Non tamen per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta ſunt. Nam ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſunt, poteſt ſcriptus hæres, ſecundum tabulas teſtamenti, bonorum poſſeſſionem agnoſcere: ſi modo defunctus & civis Romanus, & ſuæ poteſtatis mortis tempore fuerit. Nam ſi ideo irritum factum ſit teſtamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem teſtator amiſit, aut quia in adoptionem ſe dedit, & mortis tempore in adoptivi patris poteſtate ſit, non poteſt ſcriptus hæres ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem petere.

NOTÆ.

6. *Irrita facta ſunt*) Sed neque in cauſa teſtamenti rupti ſemper obſtat virium, quominus ex eo bonorum poſſeſſio peti poſſit, veluti ſi poſtumus præteritus vivo teſtatore deceſſerit, *l.* 12. *de lib. & poſt.* item ſi teſtator ſupremas tabulas incidit, ut priores ſupremas relinqueret, *l. pen.* §. 2. *ſec. tab.* Sed & ſi filius præteritus abſtineat, voluntas ex æquo & bono ſuſtinetur, *l.* 17. *hoc tit.* Non idem eſt, ſi teſtamentum non conſiſtat propter inabilitatem perſonæ teſtatoris aut defectum ſolemnium, *l.1.* §.8. *ſec. tab. l.* 12. *C. de teſtam.*

Et ſuæ poteſtatis) In eo qui teſtamento facto ſe adrogandum dedit, non ſatis eſt ad obtinendam ex eo bonorum poſſeſſionem, quod poſtea ſui juris effectus deceſſerit, ſed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, a qua in alienam familiam transeundo receſſiſſe videtur, confirmatio. *d. l. pen.* §.2. *ſec. tab.*

COMMENTARIUS.

1. *Notatur Triboniani negligentia.*
2. *Teſtamentum ruptum nativitate poſtumi præteriti, eodem ante patrem mortuo vires recipere.*
3. *Cancellatione inciſioneve poſterioris teſtamenti reſtitui prius, cujus tabulæ integræ manſerint.*
4. *Teſtamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione teſtatoris, eo reſtituto convaleſcere etiam abſque nova voluntatis declaratione; ſecus ſi teſtator ſe adrogandum dederit, & poſtea, ſui juris factus, deceſſerit.*

HIc locus declarationem continet §. quarti. Meretur 1 autem Tribonianus duplici nomine hic reprehendi; primum quod quæ rupti & irriti facti teſtamenti communia ſunt, ita tradit, quaſi unius & ni-

nimirum irriti facti eſſent propria: deinde quia ſimpliciter ſcribit, teſtamenta per capitis deminutionem irrita facta, jure prætorio convaleſcere, ſi teſtator civis Rom. & ſui juris deceſſerit; cum in quibuſdam tantum hoc ſolum ſufficiat, in quibuſdam nova præterea declaratione voluntatis opus ſit, uti mox demonſtrabitur.

Per capitis deminutionem irrita facta) Quæ teſtamenta ab initio propter inhabilitatem perſonæ teſtantis non conſiſtunt, ea ex poſtfacto vires nullo jure capiunt; veluti ſi impubes, aut furioſus, aut filiusfam. teſtamentum fecerint, & deinde teſtamenti factionem habentes deceſſerint: hoc teſtamentum ne jure quidem prætorio ſuſtinetur, ut ex eo bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas peti poſſit, *l.* 1. §. *exigit* 8. *ſec. tab.* Idemque eſt, ſi teſtamentum nullum ſit ob defectum ſolemnium juris; puta quia pauciores, quam ſeptem teſtes adhibiti, aut ex ſeptem adhibitis quidam non ſignaverint, *l.* 12. *C. de teſtam.* De teſtamento autem, in quo filius, qui fuit in poteſtate, præteritus eſt, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum ſit & maneat jure prætorio. Sed verius eſt, tale teſtamentum jure prætorio omnino nullum non eſſe ſcriptoſque in eo hæredes, ſi præteritus ſe bonis paternis abſtinuit, poſſe accipere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, *Arg. l. poſtumus* 12. *in fin pr. l. filio* 17. *de injuſt. rupt. l. ſi duobus* 12. §. 1. *cont. tab. l.* 2. *in pr. ſec. tab.* quod prolixe contra communem defendimus *ſub tit. de exhær. lib.* Hæc autem non ſunt propria hujus loci: quippe in quo agitur de teſtamentis, quæ ab initio recte facta, deinde infirmata ſunt; quæriturque, an poſtea ſublata cauſa infirmationis jure aliquo convaleſcant? Imperator quidem hoc in una tantum ſpecie proponit, quando teſtamentum irritum factum eſt, ſive infirmatum, ob id, quod teſtator capite minutus ſit: attamen ad aliam quoque ſpeciem eadem quæſtio pertinet, cum ſcilicet ruptum eſt, ſeu everſum, teſtatoris ſtatu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo prius: poſtea cognituri de altera ſpecie, qua de hic agitur. Didicimus, teſtamentum rumpi duobus modis, agnatione ſui hæredis, & muta-
2 tione voluntatis. Fingamus igitur, poſtumum præteritum vivo patre deceſſiſſe: quæritur, an teſtamentum ruptum nativitate poſtumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat? Et reſponſum eſt, ſi teſtamentum ſignatum fuerit, poſſe hæredem ſcriptum bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere, eo cum effectu, ut rem obtineat, licet ſcrupuloſitas juris refragetur, *l. poſtumus* 12. *de injuſt. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili teſtamentum non reſtitui, ſed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem teſtatoris tueri. Additur in reſponſo, hoc ipſum etiam confirmatum eſſe reſcriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideo fortaſſis acceſſit, quia poteſtatem prætoris excedere videri poterat, quod ex teſtamento intrinſecus vitioſo defenderet hæredi ſcripto bonorum poſſeſſionem cum re, contra eos, qui alioqui rem ab inteſtato auferrent. Plane ſi poſtumus præteritus naſcatur poſt mortem teſtatoris, licet illico decedat, teſtamentum non reſtituitur, nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cum ſuus hæres ſit patri, ſtatim patri ipſo jure hæres exiſtit, & moriens hæreditatem ſibi jure quæſitam tranſmittit ad quoſvis hæredes legitimos: ad cujuſmodi ſpeciem pertinet *l.* 2. *C. de poſt. hær. inſt.* Cujac. *ad l.* 7. *de lib. & poſt.* Fingamus rurſus, teſtatorem teſtamentum, quod ſecundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, inciſiſſe aut cancellaſſe. Quæritur, an reſtitua-
tur prius, cujus tabulæ integræ manſerunt? Papinia- 3
nus reſpondit, ſi id hoc animo a teſtatore factum ſit, ut priores tabulas ſupremas relinqueret: voluntatem, quæ defecerat, recenti judicio rediiſſe, & poſſe ſecundum tabulas priores bonorum poſſeſſionem peti. *l. pen.* §. 2. *ſec. tab.* At, inquies, an non ſic teſtamentum citra ullam ſolemnitatem nuda voluntate conſtituitur? Negat hoc Juriſconſultus *d. loc.* atque hanc objectionem ſic removet, ut dicat, non quæri hic de jure teſtamenti, ſed de viribus exceptionis. Quo ſignificat, recenti iſto judicio & ſimplici voluntate teſtatoris non conſtitui novum teſtamentum: ſed ſi ſcriptus priore teſtamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, poſſe eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reverſæ, ſi conſtet, teſtatorem hoc animo poſterius teſtamentum incidiſſe, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede ſcripto omnino probandus eſt, per codicillos puta aut alias literas, quibus teſtator palam declaraverit, ſe velle priores tabulas valere, alioqui eum, tanquam quem utriuſque voluntatis pœnituerit inteſtatum potius decedere voluiſſe interpretabimur, *d. l. pen.* §. 2. Unum tamen adhuc obſtat, quod prius teſtamentum dicitur rumpi ipſo jure, *l. ſancimus* 27. *C. de teſtam.* Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipſo jure ruptum eſt? Reſp. quod ipſo jure prius rumpi dicitur, id dici certo reſpectu, quoniam rumpitur hoc ſolo, quod aliud factum eſt, etiamſi teſtator prius non revocaverit. Et licet quatenus poſterius teſtamentum conſideratur, ut adhuc conſiſtens & validum, prius ita ſublatum intelligatur, ut nihil in eo ſcriptum valeat, nec quiſquam ipſo jure agere, aut quid petere ex eo poſſit: non ideo tamen abſurdum videri debet, quod poſteriore inciſo aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ ſunt, & utique jam poſtremæ: nam quod jus extinctum reviviſcere negatur, id non obtinet, cum a re, quæ, ut DD. noſtri loquuntur, eſſentiam ſuam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. D. Menoch. *conſ.* 176. *lib.* 11. Fachin. v. *cont.* 93. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 5. Jo. Deckher. 11. *diſſ.* 3. *num.* 30. Ac proinde putarem, teſtamentum hoc caſu valere etiam jure civili. Jam tempus eſt, ut ad textum §. noſtri accedamus, in quo tractatur de convaleſcentia teſtamentorum, quæ per capitis deminutionem teſtatoris infirmata ſunt, uno verbo, irrita facta.

Si ſeptem teſtium ſignis ſignata) Hoc enim ſolum, ſemper tamen, in danda bonorum poſſeſſione juxta tabulas prætor ſpectat, an teſtamentum ſeptem teſtium civium Romanorum ſignis ſignatum ſit, *l. poſtumus* 12. *in pr. de injuſt. rupt.* Ulp. *tit.* 23. §. 5. & *tit.* 28. §. 5. Ita enim obſignatum eſſe oportet, ut jure prætorio valeat, ſeu eo jure, quo obſignatio introdu-

ducta eſt, §. 2. *ſup. de teſt ord.*

Si modo civis Romanus & ſuæ poteſtatis mortis tempore) Nil amplius exigit ad petendam bonorum poſſeſſionem ex eo teſtamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut teſtator mortis tempore civis Romanus & ſui juris fuerit, omiſſa eleganti diſtinctione, quam nobis ſuppeditat Papinia-
4 nus *l.pen.* §.2. *ſec. tab.* Etenim intereſt, an ei, de cujus, integri capitis poſtea mortui, teſtamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia ſi capite damnatus ſit, & Princeps damnatum in integrum reſtituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi poſſit mutatio voluntatis teſtatoris, nihil cauſæ eſt, cur ad convaleſcentiam teſtamenti plus deſideremus, quam ut teſtator priſtinum ſtatum receperit, *l.6.* §. *pen. de injuſt. rupt.* Putarem etiam, teſtamentum damnati capitis, & indulgentia Principis poſtea reſtituti, ita convaleſcere, ut non ſolum jure prætorio valeat, ſed jure etiam civili, propter comparationem horum teſtamentorum cum eorum teſtamentis, qui capti ab hoſtibus poſtliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum teſtamenta jure civili vires recipere beneficio poſtliminii aut confirmatione legis Corneliæ conſtat, *d.l.6.§.pen.* niſi quis putet, comparationem iſtam pertinere duntaxat ad ipſam convaleſcentiam, non ad modum convaleſcendi. At vero ſi minima capitis deminutio intervenerit, puta ſi quis teſtamento facto ſe adrogandum dederit, non ſatis eſt ad reſtitutionem teſtamenti, obtinendamque ex eo bonorum poſſeſſionem, quod poſtea ſui juris effectus deceſſerit: ſed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate teſtamentum confirmatum ſit. Et merito; quoniam qui ſe dat in adrogationem, non obſcure a priori voluntate recedit, cum ſciat, ſe una cum capite fortunas quoque ſuas in alienam familiam transferre, ut diſputat Papin. *d. l. pen.* §.2. *ſec.tab.* ex quo loco explicandum quoque & ſupplendum eſt, quod ſimpliciter item Paulus ſcripſit, teſtamentum valere, *l.*8. §.3. *de jur.cod.* ita ferme & Bart. *in d. l.* 6. §.*pen.* Mynſ. & Schneid. *hic.* Connan. 1 x. *comm.* 7.

Et tempore mortis in adoptivi patris familia) Supple, *aut in ſervitute aut conditione peregrinitatis.* Omnino enim prætor exigit, ut is, cujus bonorum poſſeſſio datur, utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, & cum facit teſtamentum, & cum moritur: intermedium autem tempus non curat. *l.*1. §. *exigit.* 8. *de bon.poſſ. ſec.tab.* Ulp. *in fragm.tit.*23.§.5.

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſtea teſtator id noluerit valere; uſque adeo, ut & ſi quis poſt factum prius teſtamentum, poſterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum ſit, ne alias tabulæ priores jure facta, irrita fiant, niſi ſequentes jure ordinata & perfecta fuerint: nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt.*

NOTÆ.

7. *Id noluerit valere*) Niſi poſt lapſum decennii a condito teſtamento voluntatem revocaverit, ad minimum coram tribus teſtibus, *l.*27. *C. de teſtam.*

Uſque adeo) *L.*2. *h. t. l.*18. *de leg.* 3. *l.*21. §.2. *C. de teſtam.* Excipe imperfecta teſtamenta militum & parentum inter liberos, item niſi in poſteriore teſtamento imperfecto ſcripti, qui ab inteſtato veniunt. *d. l.*2. *h. t. d. l.* 21. §. 1. *cum auth. ſeq.* & §. 2. *C. de teſtam.*

COMMENTARIUS.

1. *Nuda contrariæ voluntate teſtamentum rite factum non infirmari, quantumvis, coram ſeptem teſtibus declarata.*
2. *Redditur hujus juris ratio.*
3. *An plus hic operetur revocatio cauſata, quam ſimplex?*
4. *Cur ne novi quidem teſtamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat?*
5. *Temperamenta ſuperioris doctrinæ.*

HIc §. rectius in continenti ſubjectus fuiſſet §. ſecundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius teſtamentum rumpi per poſterius, quod jure perfectum eſt. Unde etſi per ſe ſatis intelligatur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem teſtamenti ſufficere, neque adeo prius rumpi, etiamſi ſecundum fieri cœptum ſit, nec abſolutum: latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc a nobis explicandum eſt.

Quod teſtator id noluerit valere) Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc inteſtatus decedere: parata ei eſt expeditiſſima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, ſigna revellat, *l.* 1. §. *pen. unde. lib.* majorem enim vim facta habent, quam verba, integriſque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio teſtamentum ſolemniter factum non infirmat, *l. militis* 36. §. 3. *de teſtam. mil. l. ſancimus* 27. *C. de teſtam.* In tantum, ut etiamſi teſtator coram ſeptem 1
teſtibus dixerit, nolle ſe teſtamentum, quod fecit, valere, nihilo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta ſententia tradunt Clar. §. *teſtam. quæſt.* 91. Graſſ. §. *teſtamentum, quæſt.* 84. *num.* 2. Jac. Verwey, *art teſt. cap.*13. Angel. Vigl. Mynſ. Schneid. *hic.* Et recte. Nam ſi ne tunc quidem teſtamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum teſtator proceſſit, quod tantum non conſummavit: quanto minus infirmabitur ſola revocatione verbali? Utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet ſimplici voluntatis declaratione. Hoc ipſum quoque manifeſte probat *l. ſancimus* 27. *C. de teſtam.* ubi Juſtinianus ſancit, ut demum poſt lapſum decennii, ſeu cum a condito teſtamento decem anni effluxerint, revocatione voluntatis teſtamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit, pertinere iſtam conſtitutionem ad eum caſum, quo tribus tantum teſtibus revoca-

tio

tio munita eſt; nam ex hoc ipſo, quod Juſtinianus exigit, ut non pauciores, quam tres teſtes ad revocationem adhibeantur, ut valida ſit ad infirmationem teſtamenti poſt fluxum decennii, ſatis intelligitur non aliud eum eſſe voluiſſe, ſi forte plures teſtes intervenerint, ſive quinque ſive ſeptem; quo enim plures adhibentur, eo verius eſt non eſſe pauciores tribus adhibitos. Et ſciendum eſt, Imperatorem illic abrogare conſtitutionem Honorii & Theodoſii, quæ exſtat in *l.6.C.Theod.de teſtam,* qua cautum erat, ut ſolo lapſu decennii teſtamentum revocatum intelligeretur, hoc eſt, ſi teſtator poſt conditum teſtamentum integros decem annos ſupervixiſſet, quamvis nulla ſecuta eſſet contraria voluntas. Hoc enim Juſtinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex ſolo lapſu decennii teſtamentum evaneſcere, ſed tunc, cum ad lapſum tanti temporis expreſſa accederet revocatio; quam etiam revocationem non paucioribus, quam tribus teſtibus muniri voluit, cum alias ad probationem voluntatis, quæ teſtamentum non eſt, ordinarius teſtium numerus ſufficiat. Quotquot igitur teſtes intervenerint, adhuc curſus decennii neceſſarius eſt ad ſuſtinendam verbalem teſtamenti ſolemnis revocationem.

2 Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etſi concedamus, ex ſummi juris ratione hæredes ſcriptos bona vindicare poſſe, cur tamen non dicimus, eos repelli poſſe exceptione finitæ defuncti voluntatis? Reſp. Periculoſum eſt æquitatem prætexere contra expreſſam juris auctoritatem: quod haud dubie hac ratione nititur, quod non videatur ſatis ſerio improbaſſe voluntatem ſolemni teſtamento comprehenſam, qui nude eam revocavit, tabulis teſtamenti integris ſervatis. Si enim teſtamentum omnino valere noluiſſet, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud teſtamentum condere; quod cum non fecerit, præſumere licet, eum revocationis pœnituiſſe; ut non ſine ratione defendatur, majorem oportere vim eſſe teſtamenti, quod integrum & in ſuo ſtatu teſtator reliquit, quam nudæ illius declarationis contrariæ. *fac.l. militis* 36. §.3. *de teſt. mil.* Ex quo loco ſimul diſcimus, ita jus eſſe, cum quæritur de inſtitutione hæredum; legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci ſententia vid. Ant.Fab. *dec.*

3 39. *err.* 8. His ita conſtitutis, videamus, an non falſa ſit opinio Bartoli in *l. ſi jure* 18. *de legat.* 3. & DD. quos allegant & ſequuntur Clarus §. *teſtam. quæſt.* 92. Vigl. Mynſing. Schneid. *hic.* qui intereſſe putant, qua formula teſtator in revocando teſtamento uſus ſit, utrum ſimpliciter dixerit; *nolo teſtamentum a me factum valere*; an cauſam adjecerit & hæc verba: *quia volo decedere inteſtatus*. Nam etſi ſimplicem revocationem non ſufficere fatentur: cauſatam tamen valere volunt, modo facta ſit coram ſeptem teſtibus. Quo jure etiam nos uti refert Grot. *lib.* 11. *introd. cap.* 24. Verum nihil intereſſe, hac an illa formula teſtator utatur, aperte evincit *d.l.militis* 36. §.3. *de teſt.mil.* Et vero ſi hoc ipſo, quod quis teſtamentum revocat, tacite & per quandam neceſſariam conſequentiam intelligitur velle decedere inteſtatus; cauſæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quominus aliud teſtamentum poſtea condatur) facere non poteſt, ut majorem vim revocatio habeat, quam ſi cauſa adjecta non eſſet. Et recte Mantica *lib.* 11. *de conj. ult. vol. tit.* 15. *n.* 19. ex Socino refert, diſtinctionem iſtam Bartoli captioſam eſſe vulgaribus teſtatoribus, qui cauſam neſciunt dicere, *quia inteſtatus decedere volo*, arbitranturque, id neceſſario ex hoc ipſo ſequi, quod teſtamentum revocant. Sed non debebat vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut ſtatueret cum eodem Socino, Bald. Salic. in *d.l. ſancimus* 27. *C. de teſtam.* & aliis, quos allegat ad revocandum teſtamentum ſufficere quamlibet ſimplicem voluntatis contrariæ declarationem, factam coram ſeptem teſtibus: quam ſententiam abunde jam confutavimus. Unicum ſupradictæ diſtinctionis firmamentum affertur *l.* 1. §. *pen. ſi tab. teſt. null. ext.* ex verbis, *Vel quia alia ratione voluntatem teſtator mutavit, voluitque inteſtato decedere*. Sed nemo, opinor tam infans eſt, qui non videat, Juriſconſultum ibi loqui non de ſimplici mutatione voluntatis, ſed quæ declarata ſit facto aliquo ſimili illis, quæ antea expreſſerat, inciſioni aut cancellationi, puta ſi teſtamentum induxerit, laceraverit, reſignaverit, &c. Habemus hujus ſententiæ defenſores Ant. Fab. *dec.* 39. *err.* 6. Bachov. *in Treutl. vol.* 11. *diſp.* 10. *theſ.* 7. Ant. Merend. 111. *cont.* 45. Plane ad informationem teſtamenti nuncupativi putarem ſufficere ſimplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo teſtium numero, *arg. l. nihil* 35. *de reg. jur.* cum Connan. IX. *comm.* 7. Weſemb. *in hunc* §. Groenew. *de legib. abrog. hic.*

Uſque adeo) Amplificatio. Dixerat modo, nuda voluntate teſtamentum infirmari non poſſe: id nunc uſque adeo verum eſſe pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi teſtamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat: ſed ita demum ſuperius teſtamentum rite factum tollatur, ſi inferius æque jure perfectum fuerit. Hic vero itidem ut in 4
caſu præcedenti, æquum eſſe videri poteſt, ut ſaltem hæredibus ab inteſtato detur exceptio adverſus priore teſtamento ſcriptos hæredes, quos utique voluntate teſtatoris, aliud teſtamentum facere aggreſſi, mortuique antequam illud perficeret, deſtitui conſtat, *per l. pen.* §. 1. *ſec. tab.* Verum obſtat hic quoque legum auctoritas, *l.* 2. *l.* 11. *de injuſt. rupt. l. ſi jure* 18. *de legat.* 3. *l. hac conſultiſſima* 21. §. 3. *C. de teſtam. & hic text.* Quid quod in propoſito nec voluntatem defuncti ab inteſtato venientes habent: ponimus enim, in ſecundo teſtamento, quod imperfectum eſt, ſcriptos eſſe extraneos. Quamobrem cum illi, quos poſtremo teſtator voluit, hæreditatem ex imperfecto teſtamento obtinere non poſſint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis teſtamentis tam diligenter conſtituta ſunt, & quævis voluntas vim teſtamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab inteſtato prætulit, eos etiam adhuc iiſdem præferri voluiſſe exiſtimandus eſt; atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquiſſe, ut ſi poſteriores non conſiſterent, ex prioribus hæreditas adiri poſſit. Atque hoc eſt, quod ſcribit Pomponius *d. l. ſi jure* 18. *de legat.* 3. credibile eſſe, teſtatorem ita demum a priore teſtamento velle recedi, ſi poſterius valiturum ſit.

Mortalitate præventus) Hujuſmodi teſtamentum imper-

perfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex eſt imperfectio teſtamenti: una, ratione ſolemnium, puta ſi pauciores, quam ſeptem teſtes intervenerint, aut ſi teſtes non ſignaverint ſubſcripſerintve, vel quid aliud, quod ad ſolemnitatem ordinationis pertinet, omiſſum ſit: altera ratione voluntatis, veluti ſi cum plura ordinare teſtator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipſo actu teſtandi furore correptus, *l. ſi is qui* 25. *qui teſt. fac. l.* 9. *C. eod.* Bald. *in l. hac conſultiſſima* 21. §. 1. *num.* 1. 2. 3. *C. de teſtam.* Sichard. *ibid. num.* 2. quo loco uterque etiam notat, teſtamentum, quod ratione voluntatis & diſpoſitionis imperfectum eſt, nec inter liberos valere. Quod & Cujac. *in d. l.* 25. notavit ex Accurſio: eſtque communis hæc & recepta ſententia. Vaſq. *lib.* III. *de ſucc. creat.* §. 21. *num.* 61.

Divi Pertinacis oratione) Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut ſcriptas ad Senatum mittere, in quarum ſententiam Senatuſconſulta concipiebantur: *l. oratione* 16. *de rit. nupt.* Tacit. *lib.* XI. *Ann. c.* 25. *Orationem principis ſecuto patrum conſulto primi Ædui ſenatorum in urbe jus adepti ſunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatuſconſulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. ſi & rem* 22. *de hered. pet.* Senatuſconſultum paſſim appellatur, *l. item veniunt* 20. §. *præterea* 6. *& multis ſeqq. eod. tit.* Jul. Capitolinus hanc ipſam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatuſconſultum nominat in Pertinace, *cap.* 7. *Legem ſane tulit*, inquit, *ut teſtamenta priora non prius eſſent irrita, quam alia perfecta eſſent, neve ob hoc fiſcus aliquando ſuccederet.* Et paulo poſt; *Addiditque Senatuſconſulto*, &c.

Jure ordinata & perfecta fuerint) Quæ legitimo modo fiunt, legitime quoque ſolvi debent, *l.* 35. *de reg. jur.* Hac ratione utitur etiam Harm. v. *tit.* 5. §. 17. Ab hac tamen regula excipienda ſunt ea teſtamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen ſingulari valent, ut teſtamenta militum & parentum inter liberos. Teſtamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l.* 2. *de injuſt. rup.* atque ideo etiam imperfecto quovis poſteriore ſolvitur, *l. ejus* 34. §. 1. *de teſt. mil.* & tamen per id, quod jure militari ſecundo loco factum eſt, rumpitur præcedens perfectum, hoc eſt, factum jure communi. *d. l.* 2. *& d. l.* 34. §. *ult.* Sed nimirum hoc ex eo eſt, quod teſtamentum militis jure privilegiario pro perfecto eſt, aut vim perfecti teſtamenti habet: quod autem rumpitur poſteriore jure communi non rite facto, mirum videri non debet, quia etiam poſt miſſionis annum, irritum conſtituitur. Teſtamentum imperfectum factum a parente inter liberos & ipſum non minus ex privilegio valet, quam militis. *l. hac conſultiſſima* 21. §. 1. *C. de teſtam.* Quare ſi pater, qui teſtamentum prius jure fecerat, poſtea aliud fecerit inter liberos, quamvis poſterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Juſtinianus conſtituit, ut tale teſtamentum non aliter rumpatur poſteriore, quam ſi poſterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum. *Nov.* 107. *auth. hoc inter C. de teſtam.* Præterea, ſi cum in priore teſtamento perfecto ſcripti eſſent extranei, in poſteriore autem imperfecto inſtituti ſint, qui ab inteſtato venire poſſunt: dummodo non minus quam quinque teſtes intervenerint, placet, infirmato priore teſtamento poſteriorem hanc ſcripturam valere, non tamen tanquam teſtamentum, ſed tanquam voluntatem ultimam inteſtati, *d. l. hac conſultiſſima* 21. §. 3. cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore teſtamento, quod infirmatum eſt, ſcriptis, ad hæreditatem admittantur ſcripti poſteriore, eaſque portiones per arbitrum familiæ erciſcundæ ſinguli conſequantur, quæ cuique adſcriptæ ſunt. Sed quid eſt, quod Juriſconſultus in *d. l.* 2. *de injuſt. rupt.* ſimpliciter ſcribit, prius teſtamentum per poſterius imperfectum rumpi, ſi in eo ſcriptus eſt, qui ab inteſtato venire poteſt? Nimirum ſi in poſteriore imperfecto, in quo ſcripti, qui ab inteſtato rem habere poſſunt, omiſſa ſit aliqua ſolemnitas, quæ tantum jure civili præciſe requiritur, non item jure prætorio, veluti ſi teſtes non ſubſcripſerint, ſi filius inſtitutus aut exhæredatus non ſit: nam etiam hac ratione teſtamentum imperfectum recte dicitur. Atque ita appellatur in *l.* 12. §. 1. *cont. tab.* quoniam inter cetera, quæ teſtamentum jure civili perficiunt, etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo caſu teſtamentum prius dicimus, non jure civili, ſed honorario, data ſecundum tabulas poſteriores, quæ modo ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſunt, cum re & effectu bonorum poſſeſſione, *arg. d. l.* 12. §. 1. *cont. tab.* quem locum diligenter & accurate hic interpretatus eſt D. Bachovius.

TEXTUS.

Si Princeps litis cauſa, vel in Teſtamento imperfecto inſtitutus fuerit.

8. *Eadem oratione expreſſit, non admiſſurum ſe hæreditatem ejus, qui litis cauſa Principem reliquerit heredem: neque tabulas non legitime factas, in quibus ipſe ob eam cauſam hæres inſtitutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredis nomen admiſſurum; neque ex ulla ſcriptura, cui juris auctoritas deſit, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus & Antoninus ſæpiſſime reſcripſerunt:* Licet enim, *inquiunt*, legibus ſoluti ſimus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

8. *Litis cauſa Principem*, &c.) Capitol. *ubi ſup.* hoc enim invidioſum eſt, *l. pen. de her. inſt.* Plin. *Paneg. cap.* 43. *Non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam cauſam) Quod tabulæ non eſſent legitime factæ, ut recte Cujac. & Fabrot. quod non percepit Theoph. nec Accurſ. Nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipſe litis cauſa hæres ſcriptus eſt.

Legibus ſoluti) Princeps legibus civilibus ſolutus eſt, *l.* 31. *de legib. l.* 3. *C. de teſtam.* Dio *lib.* LIII.

Attamen legibus vivimus) Impp. *l.* 2. *C. Th. de cond.* &

& proc. dom. Aug. Scribimus quidem leges, ſed ſequimur. Plin. *Paneg. cap.* 65. *Ipſe te legibus ſubjeciſti*. vid. & *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *C. de legib. d. l.* 3. *C. de teſtam.*

COMMENTARIUS.

1\. *An Principes Romani legibus ſoluti fuerint? & in univerſum, an & quatenus ſint Principes, qui abſoluta jura majeſtatis habent?*

EAdem oratione expreſſit) *Ipſeque*, inquit de Pertinace loquens Capitolinus *d. loc. cap.* 7. *profeſſus eſt, nullius ſe aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata eſſet, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & neceſſarii privarentur*. Addiditque Senatusconſulto hæc verba: *Sanctius eſt, P. C. inopem rempublicam obtinere, quam ad divitiarum cumulum per diſcriminum atque dedecorum veſtigia pervenire*. Procul dubio hac oratione ſanctiſſimus ſenex ſenatui declarare voluit, ſe longe alia ratione rempublicam temperaturum, quam anteceſſor ejus Commodus Princeps flagitioſiſſimus fecerat; quem credibile eſt exemplum ſecutum fuiſſe ſui ſimillimi Imperatoris Domitiani, de quo Sueton. *cap.* 12. ſic ſcribit; *Confiſcabantur alieniſſimæ hæreditates, vel exiſtente uno, qui diceret, audiviſſe ſe ex defuncto, cum viveret, hæredem ſibi eſſe Cæſarem*. Extat adverſus hujuſmodi improbitatem edictum Honorii & Theodoſii *in l. nolumus* 20. *C. de teſtam.* VINN. Meretur hujus juris hiſtoria paullo accuratius tractari. Primus Auguſtus flagitare ſolebat ab amicis hoc benevolentiæ teſtimonium, & eorum ſuprema judicia moroſiſſima penſitabat, neque dolore diſſimulato, ſi parcius, aut citra honorem verborum; neque gaudio, ſi grate pieque quis ſe proſequutus fuiſſet. Suet. *Aug. cap.* 66. Hinc idem Suetonius *cap.* 101. refert, viginti proximis ante obitum annis eum quatuordecies millies ex teſtamentis percepiſſe. Ne tamen captare videretur hæreditates, aut parum honeſta inſtitutionis cauſſa ſubeſſet: nec ab ignotis admittebat hæreditates, nec a parentibus, ſed eas cum incremento liberis reſtituebat. Suet. *cap.* 66. Idem fere exemplum ſectatus Tiberius, Tacit. *Annal.* II. 48. Primus Caligula hæreditates avidiſſime captavit, teſtamenta, in quibus nulla ſui mentio, reſcidit, teſtatores paullo diutius ſuperſtites interemit, & teſtes, qui ſe Cæſarem hæredem dictum, audiviſſe adſeverarent, ſubornavit. Suet. *cap.* 38. Hinc imitati Nero, Tacit. *lib.* XVI. *Ann. cap.* 43. Vitellius, Suet. *cap.* 14. Domitianus, Suet. *cap.* 12. Trajanus exacte Auguſtum imitabatur. Plin. *paneg. cap.* 43. nec non Hadrian. Spartian. *cap.* 18. & Antoninus Pius, Jul. Capit. *cap.* 8. Poſtea quum Commodus malum denuo principem egerat: huic malo non tantum exemplo, ſed & lege lata repugnavit Pertinax, Jul. Capitol. *Pertin. cap.* 7. Ad quam legem reſpicere videtur Alexander *l.* 3. *C. de teſt.* Immo quum nec id ſufficeret refrænandæ principum aviditati: Theodoſius M. *l.* 2. *C. Th. de teſt. & codicill.* omnes hæreditates plane reſpuit. Conf. Symmach. *lib.* 11. *Epiſt.* 13. idemque edicto monuit Theodoſius junior, *l.* 5. *C. Theod. eod.* Rem omnem accuratiſſima diligentia expoſuit V. illuſtris Nic. Hier. Gundlingius *Diſſ. de principe hærede cap.* 4. HEIN.

Qui litis cauſa Principem) Lex eſt, non debere cujuſquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adverſarium, *tot. tit. de alien. jud. mut. ca.* & *tit. C. ne lic. potent.* Huic legi ſe ſubmiſit Imperator Pertinax profeſſus hoc amplius, ſe non admiſſurum hæreditatem, quæ litis cauſa Principi delata eſſet, minus hic ſibi permittens, quam cuiquam privato, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. ca.* Quippe invidioſum eſſe exiſtimavit, Principem litis cauſa, hoc eſt, in re controverſa & perplexa hæredem inſtitui, quo alii, nomine Principis territi jus ſuum indefenſum relinquant, ac nefas eſſe, calumniæ facultatem ex Principali majeſtate, capere, *l. pen. de hær. inſt.* Paul. v. *ſent.* 12. Plinius *Panegyr. cap.* 43. *Non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris*.

Neque tabulas non legitime factas) Lex eſt, hæredem juſto teſtamento inſtituendum eſſe, neminemque poſſe ex tabulis non legitime factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adverſus ſe valere optimus Princeps voluit, atque in ſua etiam perſona tabulas non legitime factas improbavit. Secundum quod ſæpiſſime conſtitutum eſt, ex imperfecto teſtamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare poſſe, *l.* 3. *C. de teſtam.* Ait, *in quibus ipſe ob eam cauſam*. Nempe quod tabulæ non eſſent legitime factæ, ut recte Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurſ. nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipſe litis cauſa ſcriptus eſt. Ait, *neque ex nuda voce*. Non quaſi Princeps hæres nuncupari non poſſit, aut hæres eſſe *ἐκ τῆς ἀγράφου διαθήκης*, ut ſomniat Theoph. ſed *ex nuda voce*, id eſt, ex nuda voluntate ſine juris ſolemnibus.

Neque ex ulla ſcriptura, cui juris auctoritas deſit) Clauſula generalis, legata quoque & fideicommiſſa, non legitimo teſtamento relicta complectens. Ex imperfecto teſtamento, ait Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommiſſa Imperatorem vindicare inverecundum eſt. Huc etiam referendum, quod idem Paulus IV. *ſent.* 5. & Ulpian. *l.* 8. §. 2. *de inoff. teſtam.* ſcribunt, teſtamentum, in quo Imperator hæres ſcriptus eſt, inofficioſum argui poſſe.

Licet legibus ſoluti ſimus) Principes Romanos legibus ſolutos eſſe, ſcribit Dio *lib.* LIII. atque id ipſe ſic interpretatur, ut dicat, eos liberos eſſe ab omni legum coactione, nec ulla ſcripta lege teneri. Appareique ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipublicæ aliquando uſurpatum, ut populus aut ſenatus civem aliquem ob heroicam indolem ac ſingularem virtutem una aliqua lege ſolveret, puta, ut ante ætatem legitimam magiſtratum gerere, aut intra tempora conſtituta eundem repetere liceret, ſicut de Pompejo, Africano, Octaviano, aliiſque permultis factum legibus: ita Principem poſtea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus ſolutum fuiſſe, lege in eam rem ſemel expreſſe lata; quæ lex regia *in l.* 1. *de conſt. Princ.* lex imperii *in l.* 3. *C. de teſtam.* appellatur. Quod etiam ſignificare arbitror Ulpianum *in l. Princeps* 31. *de legib.* Quanquam neceſſe non erat, hoc caput legi regiæ inſerere: quandoquidem ex hoc ipſo, quod alio capite ejuſdem legis populus jura majeſtatis omnia abdicative in Principem

pem tranſtulit, *d. l.* 1. *de conſt. Princ.* neceſſario ſequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui abſoluta jura majeſtatis habet, nihil ſupra ſe cernere poteſt, neque hominem neque legem, ut ait Alber. Gentilis in quæſtionib. regiis. *Deus*, inquit Juſtinianus, *leges ipſas Principi ſubjecit, eumque legem animatam miſit hominibus. Nov.* 105. *c.* 2. *in fin.* Jam vero qui ſupra leges eſt, cui leges ſubjectæ ſunt, is neceſſario legibus eſt ſolutus, id eſt, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, ſed ille legibus ſubjicitur, & qui ipſe lex eſt, in eum lex ferri non poteſt. Unde Plinius in *Panegyr. cap.* 65. *Leges*, inquit, *Principi nemo ſcripſit.* Neque, cum hoc dicimus, intelligimus ſolum cum D. Thoma *q.* 96. *art.* 5. *part.* 1. quem multi ſequuntur, Principem legibus ſolutum eſſe, quoad vim coactivam, ſed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc ſolam quæſtio pertinet; cum ſi neges, ſecundum vim dirigentem Principem legibus ſolutum eſſe, ſtatuas, Principem legibus obſtringi, tanquam quæ ipſi quoque latæ ſint. Alia autem quæſtio eſt de modo coercendi & puniendi nec obedientes. Ceterum totum hoc pertinet ad leges civiles duntaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines ſubjiciantur, quatenus homines nati ſunt, omnino efficitur, aut Reges homines non eſſe, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipſi Principes regnum ineuntes jurare ſolent. De quibus legibus Bodinus *lib.* 1. *de repub. c.* 8. ſic ſcribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum ſint cum ipſa majeſtate conjuncta, Princeps nec eas abrogare, nec iis obrogare poteſt. Cujuſmodi* inquit, *eſt lex Salica, regni hujus firmiſſimum fundamentum.*

Attamen legibus vivimus) Etſi hoc jus Principis eſt, ſi dignitatem ſpectes & imperii poteſtatem, ut legibus omnibus civilibus ſit ſolutus: tamen officium imperantis eſt, legibus vivere, iiſque parendo ſuo exemplo præire illis, quibus ſolis latæ ſunt. Quod ſignificat Paulus *l. ex imperfecto* 23. *de legat.* 3. his verbis: *Decet enim tanta majeſtati, eas ſervare leges, quibus ipſe ſolutus eſſe videtur.* Et Imp. Alexander *l.* 3. *C. de teſtam.* cum ait, *nihil tam proprium imperii eſſe, quam legibus vivere*, eodemque modo explicanda *l. digna vox* 4. *C. de legib.* & illud Plinii *in Panegyr. ad Trajan. cap.* 65. *Legibus te ſubjeciſti, quas nemo Principi ſcripſit.* Item illa, *Non eſſe Principem ſupra leges, ſed leges ſupra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus, major eſt exemplo*, ut ait Paterculus *lib.* XI. *cap.* 126. & Plin. *ibid. cap.* 45. *Vita Principis*, inquit, *perpetua cenſura eſt: ad hanc dirigimur, nec tam imperio nobis opus eſt, quam exemplo.* Τις γαρ αν ηθηλετεν απειθειν, ὁρων τον βασιλεα πειθομενον; inquit Xenophon *in laudib. Ageſilai. cap.* 7. §. 2. Claudianus *in Panegyr. v.* 307. *de quarto conſulatu Honorii*, his verſibus Principem hujus officii commonefacit:

In commune jubes ſi quid, cenſeſve tenendum,
Primus juſſa ſubi: tunc obſervantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipſum
Auctorem parere ſibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec ſic inflectere ſenſus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Dig. Lib. 5. *Tit.* 2. *C. Lib.* 3. *Tit.* 28.

Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficioſi: tum, quorum de hac quæſtione cognitio.

EXplicatur hic altera ratio infirmandi teſtamenti, cum ſcilicet non ipſo jure, ſed per ſententiam judicis reſcinditur, ex cauſa de inofficioſo contra teſtamentum pronuntiantis: quod eſt illud adminiculum, quod ſuperius dixit paulo poſt nobis manifeſtum fore, in calce *tit. de exhæredatione lib.* Locus hic late patet, quanquam conciſus eſt Juſtinianus, ut paſſim in hoc libello. Initio indicat ille cauſam introducendæ de inofficioſo querelæ, & quo colore proponatur; mox quibus competat, aut non competat, oſtendit: ſequuntur poſtremo nonnulla, quibus intervenientibus teſtamentum inofficioſum argui atque ex ea cauſa reſcindi non poteſt. Nobis, quibus propoſitum eſt rem totam planam facere, licebit in explicando eſſe prolixiores. Memini etiam, nonnulla me recepiſſe interpretantem §. *ult. d. tit. de exh. lib.* quæ in hoc tempus dilata, nunc exſolvenda ſunt. De nomine inofficioſi hoc primum monendi ſumus, quamvis omne teſtamentum inofficioſum recte dicatur, in quo teſtator contra officium, quod alteri debebat, facit, quemadmodum ſcimus, hominem inofficioſum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alteri debet, facit; & ideo ſi verbi cauſa teſtator cognatis ſuis aut perſonis de ſe bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in teſtamento ſuo reliquerit, huic etiam teſtamento appellatio iſta conveniat: tamen per excellentiam ea demum teſtamenta inofficioſa dicta ſunt, quibus officium in liberos, parentes & fratres neglectum eſt, ſeu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati ſunt immerito, vel immerito præteriti. Quocirca his etiam ſo-

ſolis poteſtas permiſſa de inofficioſo querendi, poſtulandique, ut, ſi officium violatum eſſe conſtiterit, teſtamentum reſcindatur. Cognitionem hujus quæſtionis ad centumviros pertinuiſſe conſtat ex Cic. *lib.* 1. *cap.* 38. *de orat.* Val. Max. *lib.* VII. *c.* 7. *&* 8. *l. Titia* 13. *l. qui repudiantis* 17. *h. tit.* uti & ſimplicis petitionis hæreditatis, *l. ult. in pr. C. de pet. hær.* quod tamen non uſque adeo perpetuum fuit, quin partes aliquando negotio ita ferente a prætore remiſſæ fuerint ad judicem pedaneum: ut liquet ex *l.* 8. §. *pen. hoc tit. l.* 3. §. *ſi emancip.* 5. *de bon. poſſ. cont. tab.* VINN. Quæ hic de nomine inofficioſi monet Auctor, plenius poterant exponi. Dicitur hæc actio QUERELA, quia propinqui non accuſare & litigare, ſed inter ſe *conqueri* dicebantur. Voſſ. *Inſt. Orat. lib.* 1. *cap.* 6. §. 2. *Inofficioſum* autem opponitur *officio*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca *de Benef. lib.* III. *cap.* 18. quod ut *beneficia* ſint alienorum: ita *officia* eorum, *quos neceſſitudo ſuſcitet, & opem ferre jubeat.* HEIN.

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes ſine cauſa liberos ſuos exhæredant, vel omittunt, inductum eſt, ut de inofficioſo teſtamento agere poſſint liberi, qui queruntur, aut inique ſe exhæredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerint, cum teſtamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quaſi vere furioſus ſit, ſed recte quidem teſtamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam ſi vere furioſus ſit, nullum teſtamentum eſt.

NOTÆ.

Sine cauſa) Ex juſtis cauſis permiſſa exhæredatio, *l.* 7. *de bon. damn.* quas cauſas ex arbitrariis certas fecit & nominatim ad 14. complexus eſt, Juſt. *Nov.* 115. *c.* 3. voluit autem unam ſaltem ex his inſeri teſtamento, eamque ab hærede probari: ſecus ac jure veteri, *l.* 5. §. 1. *hoc tit. l.* 28. *C. eod.*

Exhæredant vel omittunt) Illud ad parentes omnes & proinde ad patrem pertinet, hoc ad matrem, cujus ſilentium pro exhæredatione eſt, §. *ult. ſup. de exh. lib.* & ita intellige *l.* 3. *h. t. d. Nov.* 115. *c.* 3. Exhæredatis igitur omnibus, a matre etiam præteritis hoc remedium neceſſarium. Ex privilegio autem eſt, quod de inoff. militis teſtamento nemo queri poteſt, *l.* 8. §. 4. *l.* 27. §. 2. *hoc tit. l.* 9. *l.* 24. *C. eod.*

Quaſi non ſanæ mentis) *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *eod.* ac proinde quaſi teſtamentum facere non potuerint. *l.* 17. §. 1. *eod.* Hoc colore ſeu titulo quæſito tegitur iniquitas exhæredationis: & quidem ob hanc cauſam olim reſciſſo per querelam teſtamento nihil ex eo valebat, *l.* 8. §. *pen. l.* 28. *eod.* hodie autem, quantum ad inſtitutiones ſolummodo, evertitur; legata & cetera capita ſalva manent. *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin. auth. ex cauſa. C. de lib. præt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus liberis & quando querela neceſſaria?*
2. *Etiam ob cauſas non nominatim expreſſas*, Nov. 115. c. 3. *dummodo æque graves aut graviores, exhæredationem recte fieri.*
3. *Quamvis exhæredatio facta ſit ſine elogio, tamen teſtamentum adhuc ipſo jure hodieque ſubſiſtere, atque ad id reſcindendum opus eſſe querela, contra comm.*
4. *Præteritionem matris & avi materni etiam jure noviſſimo vim exhæredationis habere.*
5. *Contraria obiter repulſa; addito jure patrio.*
6. *Utrum querela ipſa ſit actio ſive petitio, an remedium aliquod ab actione ſeparatum?*
7. *An liberis a patre præteritis, legata & cetera capita, præter inſtitutionem, beneficio novæ legis conſerventur?*
8. *Cur querelæ inofficioſi colorem dementiæ veteres prætexuerint: & num idem adhuc hodie?*

QUia plerumque) Recte monet D. Pacius in margine, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, ſed verbum *ſine cauſa*: ut hic ſit ſenſus; cum parentes liberos ſuos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere ſine cauſa: puta falſo inſtimulatos, novercalibus delinimentis inſtigationibuſque corruptos, *l.* 3. *&* 4. *hoc tit.*

Sine cauſa liberos ſuos exhæredant vel omittunt) Ait, *ſine cauſa*: nam ex juſtis & meritis cauſis exhæredatio ſemper permiſſa fuit, *l.* 7. *de bon. damnat.* Ait; *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes, & proprie ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet: nec ſupervacuo hic expreſſum, ut cenſet D. Weſemb. etſi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis habet; non eſt tamen revera exhæredatio. §. *ult. ſup. de ex-*
hær. lib. In patre exhæredatio neceſſaria eſt, ut que- 1
relæ locus ſit: ſi enim pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, teſtamentum ipſo jure nullum eſt; ſi emancipatum, datur præterito bonorum poſſeſſio contra tabulas, *ſup. d. tit. in pr. &* §. 3. *&* §. 5. Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit, ſed ea demum, quæ rite facta eſt: quæ ſecus facta, id eſt, non nominatim, non pure, non a tota hæreditate, pro præteritione cenſetur *l.* 8. §. *non quævis* 2. *de bon. poſſ. cont. tab.* Matre autem ſive prætereunte, ſive quovis modo exhæredante, ſemper ad infirmandum teſtamentum querela opus eſt, cum & jure civili firmum ſit, nec a prætore infringatur: quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittendos. *d. l.* 8 *in pr. cont. tab. d.* §. *ult. ſup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, a matre etiam præteritis, hoc remedium neceſſarium eſt. Cauſæ exhæredationis jure antiquo certæ legibus definitæ non erant, ſed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioſo cognoſcebant, quorum erat merita exhæredati perpendere. *l.* 3. §. *ſi emancipatus* 5. *cont. tab.* Val. Max. *lib.* VII. *c.* 8. Juſtinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov.* 115. *c.* 3. complexus eſt ad quatuordecim: cumque antea etiam ſimplici exhæredatione facta, permiſſum eſſet hære-

di inſtituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imp. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæſtionem movere, quam ſi teſtator expreſſe addidiſſet, ſe ideo filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omnimodo* 30. *in pr. C. hoc tit.* Poſtea ne hoc quidem ſatis ei viſum, ſed inſuper voluit, teſtatorem juſtam aliquam ingratitudinis cauſam, & ſaltem unam ex illis, quas ipſe recenſet, teſtamento exprimere, impoſito quoque hæredi onere, elogium probandi, cum olim ita jus eſſet, ut niſi hæres ultro probationem ſuſcepiſſet, cauſam aliquam certam allegando; (quo refer *l. 22. & d. l. 30. C. eod.*) ipſi liberi docere tenerentur, ſe morigeros atque obſequentes ſemper fuiſſe, *l. 5. §. 1. eod. l. liberi 28. C. eod.* Hinc duplex exorta quæſtio. 1. An nullas alias ob cauſas, quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. Novell.* 115. *c.* 3. expreſſæ ſunt, exhæredatio permittenda? 2. Utrum ſi exhæredatio facta ſit ſine elogio, id eſt, ſine cauſæ expreſſione, teſtamentum ex d. conſtitutione ipſo jure nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat? atque ad illud reſcindendum
2 querela etiamnum ſit opus. Primam quæſtionem quod attinet, quamvis ſententia Connani, *lib. II. comm.* 10. Viglii *ad §. ult. ſup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos ſequuntur, negantium, ob alias cauſas, licet æque graves aut graviores, exhæredationem fieri poſſe, verbis *d. Novell.* convenire videatur: tamen mihi perſuadere non poſſum, eam fuiſſe mentem Juſtiniani, quam illi eſſe cenſent: & ſumma ratio ſuadet, ut contra ſentiam. Etenim ſi verbi gratia manus parenti filius ipſe non intulerit, ſecundum *d. Nov. cap* 3. §. 1. ſed inferre paſſus ſit, cum facile prohibere poſſet; Idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipſe non accuſaverit, juxta §. 3. ſed accuſationem inſtruxerit, juverit pretio, conſiliis, probationibus. Inſidiatus ipſe patri non ſit, §. 4. inſidias autem, cum poſſet, non detexerit. Falſum teſtimonium ipſe non dixerit, *ſec.* §. 8. at qui dicerent, ſubornarit. Quid ſi torum fratris violare auſus ſit? Quid ſi lenocinio palam quæſtum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At inquis, odioſa eſt exhæredatio, ac proinde interpretatione non eſt adjuvanda, *l. cum quidam 19. de lib. & poſt. c. odia 15. de reg. jur. in 6.* Imo contra vel magis odioſum, patrem cogi ut impio & indigno filio bona ſua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypotheſi quæritur, de ſcriptura teſtamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum ſimilibus, exhæredationem adjuvandam non eſſe: ceterum ubi θετικῶς de legis vi atque interpretatione diſputatur, hoc ſemper legibus ineſſe, ex mente conditorum, credi oportet, ut quia omnes caſus, qui quandoque incidere poſſunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & cauſas pertineant, quæ quandoque ſimiles erunt, *l. 10. cum §. ſeqq. l. ideo 27. de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam & illæ utique leges ſunt; & obvia paſſim reſponſa Juriſconſultorum, etiam leges publicorum judiciorum, ad hunc, quem diximus, modum interpretantium, *l. 11. de pœn. l. 13. de teſtib. l. 7. §. 2. de juriſd. l. 7. ad leg. Jul. maj.* §. 3. Tuld. 11. *juriſp. extemp. c. 5. pag* 202. ubi diſtinguit utrum par & eadem ſit ratio, an ſimilis tantum, *l. 3. de leg. Pomp. l. 2. §. 28. & ſeqq. ad Tertul.* junct. *l. ult. §. ult. qui pet. tut. l. 8. de ſepulcr. viol. l. 1. de aleat.* Dixeris, hoc admiſſo, Imperatorem non aſſequi ſcopum ſuum, ſed cauſas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, ſed infinitas fore. Reſpondeo, ex his conſtitutionis verbis, *ut præter ipſas nulli liceat, ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere niſi quæ in hujus conſtitutionis ſerie continentur,* ſatis patet quis Juſtiniano ſcopus propoſitus fuerit. Horum enim verborum non alius ſenſus, quam quod non liceat ex legibus antiquis cauſas opponere, quæ in d. conſtitutione non continentur. At tales cauſæ non ſunt, quæ vel majores ſunt, vel pares expreſſis, ſed leviores duntaxat, aut diſpares: quippe cum de ſimilibus ſemper ut de expreſſis habendum: facit huc *c. 1. §. 2. verſ. ſed quia natura. lib. 2. feud. tit. 24. quæ fuit prim. ca. bon. amiſſ.* Atque hæc ſententia etiam communis eſt, uſuque apud omnes recepta DD. *in auth. non licet. C. de lib. præt.* Clar. §. *teſtamentum quæſt.* 41. *n.* 2. Gomez. 1. *reſol.* 11. Schneid. *hic n.* 15. Gudelin. *lib.* II. *de jur. noviſſ. cap.* 8. Chriſtin. *vol.* IV *deciſ.* 19. *n.* 5. Grot. *lib.* II. *manud. cap.* 18. ubi notat, in his regionibus illud quoque ſemper obtinuiſſe, ut filia minor 20 annis, nubens citra conſenſum patris aut matris, ab eodem patre aut matre ob hanc cauſam exhæredari poſſit: convenit *art. 25. cap. 2. ſtatut. Zeland.* In altera quæſtione numero vincunt, qui ad validitatem teſtamenti negant ſufficere exhæredationem ſimplicem ſeu factam ſine cauſæ inſertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod ſi verum eſt, nullus uſus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo caſu, cum exhæredationi aut præteritioni additum eſt elogium: quæ ſententia fuit Johannis relata a Gloſſa in *l. 5. h. t.* probata pleriſq. interpp. *in auth. ex cauſa C. de lib. præt.* Clar. *d. §. teſtam. quæſt.* 40. Gomez. *d. c.* 11. Covar. *in c. Raynutius p.* 1. *n.* 7. *cap.* 16. Weſemb. *par. hoc tit. n.* 7. & noviſſime late defen-
ſa a D. Bachovio *hic.* Ceterum ut pluribus hæc ſen- 3
tentia placeat, non deſunt tamen, qui eam taxent, ut conſtitutioni Juſtiniani minime conſentaneam: & ſane non immerito, meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam conſtitutionem evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam teſtamenti ſolemnitatem ritumque exhæredationis pertinent, ſed de cauſis, ob quas facta exhæredatio juſte vel injuſte facta intelligatur: at injuſtitia exhæredationis non vitiat teſtamentum ipſo jure. Et vide quæſo, quæ iſti ſententiæ ſint conſequentia. Efficitur ex ea, ut teſtamentum nullum ſit, etiamſi præteriti ſint liberi emancipati; etiamſi præteriti ſint liberi ſine elogio, qui nunquam in poteſtate fuerunt; ut poſtumi exhæredati nativitate rumpatur teſtamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exhæredatio nullius momenti ſit: denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis ſui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum poſſeſſio contra tabulas: deletur §. in *mancipatos* 3. *item* §. *ſed hæc quidem* 5. & §. *ult. ſup. de exhær. lib.* Delentur maxima ex parte *tit. Pand. C. & Inſt. de inoff. teſtam.* item *l. ult. C. de lib. præt.* Quis vero credat, tot capita juris veteris a Juſtiniano tacite abrogata, qui nunquam ſolet quicquam ex jure veteri mutare, niſi cum expreſſa

mentione ejus juris, quod abrogare conſtituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. conſtitutionis. cap.3. circa fin. & cap.4.* ubi cum juſſiſſet Imperator, ſi exhæredatio aut præteritio facta eſſet cum elogio, idque elogium probaſſent hæredes, firmum manere teſtamentum, ſive, ut eſt in authentico, εν τη ιδια ισχυι διαμενειν, την ιδιαν εχειν ισχυν, ſubjicit, ſi hoc obſervatum non fuerit, teſtamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ακυρουσθαι & ανατρεπεσθαι: quæ de iis tantum prædicari conſtat, quæ ab initio conſtiterunt: & quod notandum, everti non in totum, ſed quoad inſtitutionem duntaxat, cetera capita firma manere. Ergo in totum ab initio ſubſiſtit. At quo remedio everteretur? Non alio haud dubie, quam querela inofficioſi, quæ una exhæredatis ſupererat. Arguit hoc accurata illa cauſarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio; quæ cauſam novæ conſtitutioni dedit. Ad hæc ſi dicimus, liberis omnibus, ſine elogio exhæredatis aut præteritis, teſtamentum poteſtate d. conſtitutionis nullum eſſe, non liberis tantum conſulimus, ſed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippe ad quos tum, liberis aut repudiantibus, aut ante parentem, aut priuſquam hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab inteſtato perventura ſit, excluſis ſcriptis hæredibus, qui alioqui ex teſtamento iiſdem rebus intervenientibus venturi eſſent. Juſtinianus autem liberis duntaxat proſpicere voluit, ne his noceret exhæredatio, non conſulere aliis contra ſcriptos teſtamento hæredes. Poſtremo ut ex dictis liquet, non fuit ei propoſitum tollere inofficioſi querelam, ſed proniorem atque expeditiorem ei viam facere; unique potiſſimum rei afferre remedium, ne ſcilicet liberi exhæredati aut præteriti, ob difficultatem probandi ſe ſemper officioſos fuiſſe, parentum hæreditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut abſolvat internam teſtamenti paterni ſolemnitatem, ut nullum ſit ob præteritionem ad quod ſufficit rite factam eſſe, etiam injuſta ſit: alterum, ut exhæredatum ſubmoveat ab hæreditate, ad quod inſuper exigitur, ut facta ſit juſtis de cauſis: poſteriorem effectum tantum Juſtinianus reſtringere voluit, priori in ſuo ſtatu relicto. Sive igitur nulla cauſa a teſtatore expreſſa ſit, ſive aliqua, quæ tamen non ſit ex iis, quæ *d. Nov.115. cap.3.* continentur, aut ex iis quidem, ſed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioſo hodieque aget, & poſtulabit, ut teſtamentum reſcindatur, reſque redigatur ad cauſam inteſtati.

4 Idemque erit, ſi liberi præteriti ſint, ab iis ſc. parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione eſt, ut matris & avi materni, licet cauſa adjecta non ſit: & falſum eſt, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, ſed ex hac cauſa æque nullum eſſe teſtamentum, ac ſi pater præteriiſſet, niſi præteritioni addita ſit cauſa ingratitudinis; neceſſitatem quodammodo exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non eſt ſuitas, *l.11. de lib. & poſt. l. 4. §.2. cont. tab.* Ita concludimus cum Fulgoſ. & Donell. *in d. auth. ex cauſa*. Vigl. *ad rubr. hic.* Duar. *c.3. ad hunc tit.* Cujac. *ad Novell.18.* Fachin. *IV. contr. 9.* Vaſq. *lib.11. de ſucc. creat.* §.20. *n.*162. *& ſeqq.* Perez. *ad C. de lib. præt. num.*13. Gudelin. *lib.II. de jur. nov. c.4.* Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert Neoſtad. *deciſ. ſupr. ſen. 99.* contra quam Curia Friſiæ apud Sand. *lib.IV. tit.2. def.2.* Argumentis, quæ 5
pro contraria ſententia afferuntur, ex his, quæ dicta ſunt, nullo negotio occurri poteſt: & ſunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci αντιστρεφοντα vocant, id eſt, quæ in ipſos auctores retorqueri poſſunt. Poſtremo minimi pretii ſunt, quæ illi putant eſſe maximi; quale eſt, quod ſexto loco adducit Bachovius fruſtraneam ajens eſſe eam actionem, in qua actor non poteſt ſuccumbere, &c. Ergo fruſtra eſt, quod poſtumis aut infantibus exhæredatis, *§.2. inf. l. ſi quis 33. §.1. C. hoc tit.* item ex conſtitutione Juſtiniani *l. omnimodo 30. C. eod.* liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioſo datur: quoniam nunquam non poſſunt vincere? Conſiderare debuerant, non fruſtra eſſe, quod leges teſtamentum conſiſtere volunt, ut ſaltem iis caſibus, quos modo commemoravi, incidentibus voluntas defuncti exitum habeat. Ejuſdem ponderis eſt argumentum, quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam eſſe liberis titulo inſtitutionis. Ne ſit relicta iſto titulo, an propterea ſequitur, teſtamentum ipſo jure nullum eſſe? Sed de eo plura inferius. In hiſce regionibus paſſim neceſſitatem exhæredandorum liberorum, ſi hæredes non inſtituantur, non agnoſcimus: utpote quæ ſuorum tantum hæredum propria eſt, quales hæredes nos non habemus, ſed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium teſtamentorum. *§. ſed ſi 6. ſup. de exhær. lib.* Intelligo ut ipſo jure valeat teſtamentum, non quin tanquam inofficioſum reſcindi poſſit, & res ad cauſam inteſtati pronunciatione judicis redigi. Nam querelam inofficioſi modis omnibus etiam nos retinemus, ſi inique & contra officium pietatis exhæredatio facta proponatur, vid. Gudelin. *lib.II. de jur. noviſſ. cap.5.* Grot. *lib.II. manuduct. ad juriſpr. Bat. cap.18.* Chriſt. *vol.IV. dec.30. n.8.* Groen. *de ll. abrog. hic.*

Inductum eſt) Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non ſcriptum, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l.2. §.5. de orig. jur. l. de quibus 32. de legib. l. Gallus 29. de lib. & poſt. l.2. de vulg. & pup.* Unde exiſtimare licet, querelam inofficioſi teſtamenti non lege aliqua ſcripta introductam eſſe: ſed moribus, aut, quod probabilius eſt, interpretatione conſultorum. D. Cujacius *lib.11. obſ.21.* ex lege Glicia eam deducit: ſed hoc ideo probabile non eſt, quoniam nullis certis perſonis nominatim poteſtas experiundi hoc judicio conceſſa fuit, *l.1. hoc tit.* a lege autem ſi foret, certæ perſonæ expreſſæ eſſent, quibus hæc actio competeret. Ad hæc ſi lex aliqua de hoc judicio lata eſſet, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu teſtamentum, quaſi ab homine non ſanæ mentis factum, everteretur: quippe quod tunc vigore & auctoritate ſolius legis reſcindi oportuerit. Color autem iſte dubium non eſt quin inventus atque excogitatus ſit ab iis, a quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc eſt, a jureconſultis.

Denique ſi lege aliqua hoc judicium conſtitutum eſſet; procul dubio mentionem illius legis feciſſet Val. Max. *lib.* VII. *c.* 7. Vinn. Adde, quæ eam in rem diſputavimus in *Antiqu. Rom. lib.* II. *h. t.* §. 5. *p.* 560. *edit. nov.* Nam in priore ſequuti eramus ſententiam ſummi Cujacii. Hein.

Ut de inofficioſo agere poſſint) Pro eodem Juriſconſulti dicunt, agere, queri de inofficioſo, arguere, accuſare, dicere inofficioſum; quæ legentibus paſſim in titt. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accuſationis: nullo tamen nomine frequentius hoc judicium deſignatur, quam *querela*. Eſtne ergo querela & ipſa actio, an remedium aliquod ab actione ſeparatum, ſive imploratio tantum officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut teſtamentum reſcindatur, quo reſciſſo demum agi & hæreditas peti poſſit? Non eſt, quod dubitemus affirmare, quod tot locis manifeſte traditum eſt, querelam ipſam actionem & petitionem eſſe, perque eam ſic impugnari teſtamentum, ut ſimul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficioſum, eum Papinianus ait hæreditatem petere, *l.* 8. §. *quoniam* 8. *hoc tit.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de* 20. *eod.* Paulus *l. eum qui* 21. §. *ult. eod.* ait, per querelam inofficioſi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. ſi inſtituta* 27. §. 3. *eod.* Triphoninus *l. pen. in fin. pr. cont. tab.* filium exhæredatum ex cauſa querelæ inofficioſi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. Juſtinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtitui, *l. ſi quis* 34. *C. eod.* Unde quoque eſt, quod is, qui querelam moturus eſt, agnoſcere debet bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *in pr. eod. l.* 2. *C. eod.* Hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex cauſa inofficioſi hæreditatem petit, hæres eſſe videatur: quanquam in ſuis hæc poſſeſſio non eſt neceſſaria, *d. l.* 7. uti nec aditio, *l.* 14. *de ſuis & legit.* de quo conſule Vigl. *in rubr. &* §. 2. *hoc tit.* Duar. *cap.* 8. *ad hunc tit.* Govean. I. *var. lect. c.* 5. Vaſq. *lib.* III *de ſucc. reſol. ad l.* 2. *C. eod.* Vand. II. *quæſt.* 24. Don. XIX. *comm. cap.* 3. Interpretes comm. & cum his Sichard. *in rubr. C. hoc tit. num.* 3. exiſtimant, querelam eſſe judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium univerſale, ſeu petitionem hæreditatis, ſicut actio ad exhibendum præparatoria eſt rei vindicationis: atque ita duo hic eſſe judicia; quorum alterum, ſcil. querela, præcedat; alterum, petitio hæreditatis, ſequatur; quod falſum eſt: nam ipſe titulus inofficioſi cauſa eſt, ex qua vindicatur hæreditas, *l.* 3. *C. de pet. hær.* neque duo hic judicia ſunt, ſed unum, quo & teſtamentum impugnatur & ſimul petitur hæreditas; ſicut per actionem uſucapionis reſciſſoriam & uſucapio reſcindi petitur, & ſimul res vindicatur: de quo ſub §. 5. *inf. de actionib.* Plane etſi querela quoque petitio hæreditatis eſt, in multis tamen differt a petitione hæreditatis ſimplici, de qua poſt *tit. de inoff. teſt. in Pand. & C.* generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo ſolum argumenta refellam, quibus effici videtur querelam inofficioſi hæreditatis petitionem non eſſe. Primum tale eſt: Petitio hæreditatis datur ſolum adverſus eum, qui cum hæres non ſit, pro hærede prove poſſeſſore poſſidet, nunquam adverſus hæredem, eumve, qui pro hærede ſit, bonorum ſcilicet poſſeſſorem aut fideicommiſſarium. *l.* 9. *cum ſeqq. de hær. pet.* At querela datur adverſus hæredem ſcriptum, contra fideicommiſſarium, *l.* 1. *C. hoc tit.* contra præteritum, qui accepit bonorum poſſeſſionem contra tabb. *l. pen. cont. tab.* Reſpondeo, ſcriptum teſtamento inofficioſo hæredem, hæredem non eſſe, utique cum eo agi, tanquam qui hæres non ſit, utpote ſcriptus ab eo, qui teſtamenti factionem non habuiſſe judicatur, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *hoc tit.* & proinde eum teneri, quaſi pro hærede aut pro poſſeſſore poſſideret, ut diſerte reſcriptum eſt de eo, cui ex teſtamento inofficioſo reſtituta eſt hæreditas. *l.* 1. *C. eod.* Alterum eſt hujuſmodi: Omnis petitio hæreditatis aut ex teſtamento ſit oportet, aut ab inteſtato. *l.* 1. 2. & 3. *de hær. pet.* Querela autem inofficioſi ex neutra cauſa eſt; non ex teſtamento, quia datur iis, qui teſtamento excluſi ſunt: non ab inteſtato, quia quamdiu teſtamentum extat, cauſæ inteſtati non eſt locus. *l. quamdiu* 39. *de acq. hær.* Sed patet ex reſponſione ad objectionem præcedentem, querelam inofficioſi eſſe petitionem quandam hæreditatis ab inteſtato, quia prætenditur color dementiæ teſtatoris; uti & revera ſi judex contra teſtamentum pronuntiaverit, res ad cauſam inteſtati redit, retroque verſus perinde omnia habentur, ac ſi hæreditas nunquam adita fuiſſet. *l.* 6. §. 1. *l. eum qui* 21. §. 2. *hoc tit.* Stet igitur hæc ſententia, querelam etiam ipſam eſſe actionem, & nimirum ſpeciem quandam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas, tanquam ab inteſtato delata, ex cauſa inofficioſi teſtamenti: cum qua ſententia fere vi ipſa convenit, quod Jo. Fab. & alii hic notant, poſſe querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis ſeu exceptionis querelam induci poſſe, veluti ſi exhæredatus ſit in poſſeſſione hæreditatis, & hæres ſcriptus hæreditatem petat, *l.* 8. §. *ſi filius* 13. *eod.* adeoque liberum etiam eſſe exhæredato, ſimplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, ſe queri de inofficioſo, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. IV. *ſent.* 5.

Aut inique ſe exhæredatos, aut inique præteritos) Rurſus hæc duo conjungit, exhæredare, & præterire, ut paulo ante, & Marcell. *l.* 3. *eod.* nimirum quia non exhæredatis ſolum, ſed etiam præteritis de inofficioſo agere licet; præteritis ſc. ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo eſt, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum. Quod ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam eſſe cauſam, cur interpp. vulgo ex eo, quod auth. *ex cauſa C. de lib. præt.* generaliter & indefinite ab Irnerio concepta eſt, hoc modo, *Ex cauſa exhæredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutionem: cetera namque firma manent,* collegerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale teſtamentum ab initio nullum ſit etiam jure novo, tamen hoc jure duntaxat nullum eſſe quoad inſtitutionem, non quoad cetera capita, puta legata, libertates, dationem tutorum: atque hactenus etiam in propoſito jus vetus mutatum. *l.* 1. *l. filio* 17. *de injuſt. rupt. cum ſimilib.* Etenim animadvertere debuerant, Juſtinianum in *Nov.* 115. *c.* 3. un-

unde dicta *auth.* ſumpta eſt, non aliter loqui, quàm hoc ipſo loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos ſuos exhæredes facere aut præterire, niſi forſan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis ſubjectis attribuenda ſunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri conſtat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Novell. c.* 5. aperte profitetur, hoc ſolum ſibi propoſitum eſſe, ut injuriam exhæredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie eſt, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet. *l.* 8. *in pr. hoc tit. l.* 4. *verſ. quod ſi fuiſſet. circa med. C. de lib. præt.* Præteritis a patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui teſtamentum nullum dicebant: exhæredatis & a matre præteritis inferebatur; quæ etſi vindicabatur judicio de inofficioſo, tamen ſi legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obſequentiſſimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Juſtinianus, atque ea de cauſa conſtituit, ut non ſufficeret in poſterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam eſſe: ſed neceſſe eſſet, liberos vel hæredes inſtitui vel exhæredari. Ceterum quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria ſatis tollitur reſciſſa inſtitutione, ſufficere etiam ei viſum fuit, inſtitutionem ſolam reſcindi, ſalvis ceteris capitibus, cum olim querela omnia reſcinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua cauſa teſtamentum aut ab initio nullum eſt, aut rumpitur agnatione ſui hæredis, aut per bonorum poſſeſſionem contra tabulas evertitur; neque ad eam produci ſine inſigni liberorum læſione poteſt. Atque hanc ſententiam Azoni & pleriſque veterum probatam fuiſſe, teſtatur Jaſ. *in d. auth. ex cauſa n.* 1. ſequitur Cujac. *in l. filio* 17. *de injuſt. rupt.* Govean. *in l.* 1. *de vulg. & pup. n.* 27. Weſemb. *ad §.* 5. *ſup. de exhær. lib.* diſſ. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. *in tit. de injuſt. rupt. c.* 3. Donell. *in d. auth. n.* 6. *&* 7. Connan. IX. *comm.* 8. Sunt, qui intereſſe exiſtimant, utrum præteritio ignoranter a patre facta ſit, an ſcienter: illo caſu totum teſtamentum corruere, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris: hoc autem ſive poſteriore caſu legata & fideicommiſſa firma manere: quæ ſententia præjudiciis curiarum ſupremæ juriſdictionis robur accepit, Ant. Fab. *C. ſuo de lib. & poſt. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 9. & probatur D. Tuldeno *in comm. hic. c.* 1. Ceterum vide, quæ ſup. *num.* 5.

Hoc colore quaſi non ſanæ mentis fuerint) *L.* 2. *l.* 5. § 1. *l. Titia* 13. *eod.* ac proinde quaſi teſtamenti factionem
8 non habuerint, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *eod.* Unde etiam eſt, quod cum contra teſtamentum pronuntiatum eſſet, nihil ex eo teſtamento valebat. *l.* 8. §. *pen. d. l. Titia* 13. *l. cum mater* 28. *eod.* Quæſitus autem hic color fuit, ne ſani hominis teſtamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabb. quæ liberam undequaque poteſtatem teſtandi patrifam. concedit. *l. verbis* 120. *de verb. ſign.* Maxime autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia* 13. putat, colorem iſtum dementiæ jam non amplius prætexi poſſe, quia demens videri non poteſt, qui filium ex juſta cauſa exhæredat: præſupponit enim, non aliter querelæ locum eſſe. Sed ut ita ſit, quid ſi falſum ſit elogium? quod præſumitur, ſi ab hærede non probetur. Nunquid falſam cauſam objicere filio immerenti contra officium pietatis prope furioſi hominis eſſe videtur? Plane dicendum hodie eſt, colorem iſtum furoris tantum prætendi ad reſcindendam inſtitutionem, quod teſtamenti principale eſt, cum cetera capita tanquam a ſano homine facta beneficio novæ legis conſerventur, *d. auth. ex cauſa*, ita contra Bart. Viglius & Mynſ. hic diſputant. Vinn. Quum ipſe Vinnius fateatur, quæſitum fuiſſe hunc colorem, ne ſani hominis teſtamentum contra auctoritatem legis XII. Tabb. impugnari videretur: conſequens omnino eſſe videtur, ut is color hodie ceſſet. Olim licebat parentibus impune liberos & præterire, & exhæredes ſcribere: nullaque prodita erat actio, qua liberi teſtamenta paterna impugnarent, quamvis iniquiſſime eſſent hæreditate excluſi. Id quum durum videretur JCtis: callide repperere modum juvandi injuſte exhæredatos. Quum enim furioſorum teſtamenta non valerent: impugnabant tabulas tam inhumani parentis, tanquam ab homine emotæ mentis factas: eam autem dementiam colligi poſſe exiſtimabant ex filii morigeri exhæredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit, quia nulla actio legibus prodita erat: hodie ſane eo non erit opus, poſtquam hæc querela legibus probata eſt. Hein.

Non quaſi vere furioſus ſit) Cujus teſtamentum inofficioſum arguitur, quaſi demens, non vere demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *h. t.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, prope a furioſo abeſſe fingitur, eo quod non ſentiat, ſibi ſe eſſe injurium, cum liberis aut parentibus injuriam facit. Quod vero teſtamentum a vere demente factum eſt, id inofficioſum accuſari non poteſt, quia nullum eſt, factum quippe ab eo, qui teſtamenti factionem non habet: ac proinde hoc non attento, recta ſucceditur ab inteſtato.

Non ex officio pietatis) Καὶ αὐτῆς τῆς φύσεως σχεδὸν ἐξελθὼν ἀπώλεσε τὸν πατέρα, τὸ φιλόστοργον, τὸ ἥμερον, &c. *ipſamque deſerens naturam, exuit nomen patris,* &c. quod probe a furore abeſt.

Textus.

Qui de inofficioſo agunt.

1. *Non autem liberis tantum permiſſum eſt, teſtamentum parentum inofficioſum accuſare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus perſonis, ſcriptis hæredibus, ex ſacris conſtitutionibus prælati ſunt. Non ergo contra omnes hæredes agere poſſunt. Ultra fratres igitur & ſorores cognati nullo modo aut agere poſſunt, aut agentes vincere.*

Notæ.

1. *Inofficioſum accuſare*) Pro eodem dicunt noſtri, agere, queri de inofficioſo, arguere, accuſare, dicere in-

inofficioſum. Una autem eademque actione & reſcindi* teſtamentum petitur, & vindicatur hæreditas tanquam ab inteſtato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20. *l.* 21. §. *ult.* *l.* 27. §. 3. *eod.* Cujac. *par.* C. *eod.*

Etiam parentibus) *l.* 1. *eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minus, quam liberis pie relinqui debet. *l.* 15. *eod.* *l.* 7. §. 1. *ſi tab. teſt.* Datur autem querela non patri ſolum, ſed etiam matri, *d. l.* 1. *l.* 14. *& ſeq. eod.* nec intereſt, exhæredati ſint, an præteriti, dummodo injuſte. Nam ex juſta cauſa, una illarum octo, quæ enumerantur *Nov.* 115. *c.* 4. cum effectu exhæredari poſſunt, modo exhæredationi addatur elogium.

Soror & frater) Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur. Moſ. Maimonid.

Aut agentes vincere) Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodeſt eorum victoria proximis ab inteſtato, *l.* 6. §. 1. *eod.*

Commentarius.

1. *Qui liberi de inofficioſo agere poſſint?*
2. *Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur?*
3. *Contra rationem juris tam veteris, quam novi, eſſe videri, quod ſtatim poſt liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.*
4. *An jure noviſſimo fratres una cum parentibus ad querelam admittendi, aut illis ſaltem proſit horum victoria?*
5. *An fratres uterini hodie cum conſanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato venire?*
6. *An ſpurii in quæſtione propoſita pro turpibus perſonis habendi?*

N*On autem liberis tantum*) Querela inofficioſi teſtamenti primo competit liberis: & merito; quoniam prima eorum cauſa eſt in ſucceſſione ab inteſtato: utpote quibus ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, *l.* 7. *de bon. damnat.* da-
1 turque liberis omnibus cujuſcumque ſexus aut gradus ſint, & tam emancipatis, quam in poteſtate conſtitutis, *l.* 7. *hoc tit.* *l.* 8. *in pr. cont. tab.* item qui nunquam in poteſtate fuerunt, §. *ult. ſup. de exhær. lib.* tam adoptivis, quam ex nuptiis quæſitis: ſervata tamen diſtinctione, *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato ſpeciale eſt, quod queri non poteſt, quia quartam habet ex conſtitutione D. Pii *l.* 8. §. *ſi quis* 15. *hoc tit.* Datur & legitimatis per §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89. Datur non tantum liberis jam natis, verum etiam poſtumis & tam alienis quam ſuis, *l.* 6. *in pr. eod.* §. *ſeq. in fin.* ubi plura. Illud pene ſupervacuum, monere, querelam competere iis liberis duntaxat, qui jus ſuccedendi habent: nam qui non habent, cum iis neque legitima debeatur, de inofficioſo queri non poſſunt. Proinde liberi illegitimi, ſive vulgo quæſiti, ſive nati ex concubina patris, teſtamentum inofficioſum non dicunt: de matris autem agere poſſunt, *l. ſi ſuſpecta* 29. §. 1. *eod.* vid. Bart. Salic. Caſtr. *in l. pen. C. ad ſen. Orfic.* Ex privilegio eſt, quod de inofficioſo teſtamento militis nemo queri poteſt, *l. Papinianus* 8. §. *ſi quis* 4. *l. ſi inſtituta* 27. §. 2. *eod.* *l.* 9. *l. teſtamentum* 24. *C. eod.* DD. plerique *in d. l.* 9. tradunt, hodie etiam militum teſtamenta querelæ eſſe obnoxia, & ita uſu ſervari. Autumn. *ibid.*

Liberorum parentibus) Poſt liberos ſecundo loco que- 2
rela datur parentibus. Nam etſi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet; ut bene & pie Papinianus in *l. nam etſi* 15. *hoc tit.* Id autem hanc habet ſententiam: etſi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc ſit, ut liberi ſupervivant & ſuccedant parentibus, atque idcirco non ſic parentibus, quos ſola ratio miſerationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ ſimul & commune parentum votum, ut idem Papinianus ſcribit *in l.* 7. §. 1. *unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id eſt, ſi contingat liberos prius ex hac vita evocari, & præpoſtera atque immatura morte abripi, vivis adhuc parentibus, rationem pietatis ſeu miſerationis exigere, ut ne parentes a luctuoſa liberorum ſuorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes ſuos ſine cauſa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam cauſam parentibus quoque actionem de inofficioſo dari. Datur autem parentibus itidem omnibus ſive maſculis ſive fœminis. *l.* 1. *l.* 14. *& ſeq. eod.* *l. cum filium* 17. *C. eod.* qui modo ad ſucceſſionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuiſſent; de quo ſtatuendum ex iis, quæ de liberis dicta ſunt. Exhæredati ſint parentes, an præteriti, nihil intereſt: nam hæc in linea adſcendentium & collateralium non differunt. Ceterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque ſit teſtamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda eſt, & vel una ſaltem ex cauſis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permiſit Juſtinianus, teſtamento inſerenda. *Nov.* 115. *c.* 4. Cauſæ autem hujuſmodi admiſſæ octo tantum, quæ ordine enumerantur *d. c.* 4. §. 1. *& ſeqq.* nimirum pauciores hic cauſæ ſunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ a liberis in parentes commiſſa pœnam merentur. Illud 3
difficultate non caret, quod parentes ſtatim poſt liberos ad querelam admittimus, ſive veteris juris rationem conſideramus, ſive novi Juſtinianei. Nam ante novellam Juſtiniani legem fratrum prior atque potior in querela, quam parentum cauſa fuiſſe videtur, *arg. l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* *l.* 2. *C. ad Tertull.* *l. ult. C. comm. de ſucceſſ. princ. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſtam. verſ. ſi vero.* quibus locis ad ſucceſſionem ab inteſtato demum poſt fratres patrem vocari legimus. Jam vero ratio juris poſtulat omnino, ut quo quiſque ordine ad ſucceſſionem a lege vocatur, eodem ordine admittatur ad querelam, per quam res ad cauſam inteſtati redigitur: quo enim quiſque potiore jure eſt in cauſa ſucceſſionis, eo majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, verbi cauſa, Titium cum patrem, & fratrem haberet, utroque præterito hæredem inſtituiſſe in bonis caſtrenſibus: quid tam abſurdum eſt, quam ſi dicamus, patrem ſolum queri de inofficioſo poſſe, excluſoque fratre hæreditatem

Vinnius in Inſtitut.

conſequi; ad quam teſtamento non facto ſolus frater veniſſet excluſo patre? *d. princ. verſ. ſi vero ſup. quib. non eſt perm. fac. teſtam.* Ego non dubito, quin a poſterioribus Principibus iſtud conſtitutum ſit, non animadvertentibus, quæ inde conſecutura eſſet veteris juris perturbatio. Nam ſi de jure, quod in Pand. relatum eſt, quæratur, filiusfamil. hæredem ab inteſtato habere non poterat, ſed pater jure peculii bona, quæ filii fuerant (alia autem, quam caſtrenſia, & quaſi caſtrenſia non erant,) occupabat, *l. 2. l. 9. de caſtr. pec.* Quod ſi filius de his bonis, quod ipſi permiſſum erat, teſtamentum feciſſet, id teſtamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Juſtinianus confirmavit, *l. ult. C. hoc tit.* Ceterum ſuſtulit *Nov. 115. cap. 4. in pr.* ut verba illa, *in quibus habent teſtandi licentiam*, manifeſte oſtendunt. In ſucceſſione autem filii emancipati pater manumiſſor præferebatur defuncti fratribus, & omnino jure patris potior erat, ut mirum non ſit, in querela quoque fratribus prælatum fuiſſe: quæ omnia a me copioſius tractata ſunt ſub *§. ultim. infr. de leg. agn. ſucceſſ.* Mater ex Senatusconſulto Tertulliano ad legitimam hæreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres conſanguinei matrem excluderent. *§. 3. infr. de ſen. Tertull.* Unde ſequi videtur, eos etiam ad que-
4 relam ante matrem admiſſos fuiſſe. Nihil tamen definio. Noviſſimo jure, poſtquam placuit fratres defuncti una cum parentibus admitti ad hæreditatem. *Nov. 118. cap. 2.* dicendum videtur, etiam ſimul eos cum parentibus admitti ad querelam: aut ſi hoc minus placet, dicam, fratres ſaltem admittendos parente repudiante, utique ſi turpis perſona inſtituta ſit: quippe cum tunc ex ſua perſona frater querelam movere poſſit. Ut ut eſt, illud extra controverſiam poſitum eſſe debet, victoriam parentum fratribus quoque prodeſſe, cum nulla ſit ratio, cur reſciſſo teſtamento, & re ad cauſam inteſtati deducta, fratres excludantur. Et ita quoque ſentiunt Joan. Fabian. Ang. Baro & Mynſing. *hic.* licet aliud Viglio & D. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. c. 8.* videatur, putantibus, hoc pacto fraudem legi fieri: ſed falſo; cum maxime ſit ex ſententia legis, ut fratres una cum parentibus ab inteſtato ſuccedant, *d. Nov. 118. cap. 2.* Neque novum eſt, ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per ſe ipſe non habuiſſet. *l. cum hæreditate 55. de acquir. hæred. l. 10. §. ult. contr. tab. l. 3. in fin. quæ res pign. dar. l. 10. quemad. ſerv. am. l. 5. §. 2. ad SC. Tertull.* Apud nos iis demum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad ſucceſſionem: de quo *ſub d. tit. de hær. quæ ab int.* add. D. Coren. *obſerv. x. num. 8. & ſeqq.*

Soror autem & frater) *l. 1. hoc tit. l. fratris 21. C. eod.* Fratres autem & ſorores hic intelliguntur germani aut conſanguinei ſive ὁμοπάτριοι; nam uterini ab actione de inofficioſo contra teſtamentum fratris aut
5 ſororis penitus arcentur. *l. fratres 27. C. eod.* Hodie vero cum fratres uterini in ſucceſſione concurrant cum fratribus conſanguineis, conſequens eſt, ut etiam in querela cum iiſdem concurrant, aut ſaltim vincentibus illi ſimul ad ſucceſſionem inteſtati veniant.

Turpibus perſonis) *d. l. fratres 27. C. hoc tit. l. 3. C. Theod. eod.* Itaque fratribus querela datur, non ſimpliciter, ut prætcritis, ſed ut poſtpoſitis turpi perſonæ, atque adeo odio ſcripti hæredis. Cum autem turpis perſona definiatur a Conſtantino, *quæ vel turpitudinis vel infamiæ vel levis notæ macula aſpergitur*, *d. l. fratres.* Quæſitum eſt de ſpuriis, num & illi talium perſonarum numero habendi? Spuriorum cauſam cum 6
DD. comm. defendunt Gabriel Paleot. *tract. de nothis ſpuriiſq. lib. c. 55. & ſeqq.* Hartm. Piſtor. *lib. 1. quæſt. 30. n. 26. & ſeq.* D. Tulden. *hic. c. 3.* quia ajunt, neque jure infames ſunt, neque ipſi quicquam admiſerunt, quod exiſtimationem eorum lædat apud bonos viros: *crimen autem paternum nullam maculam filio infligere poſſe*, *l. crimen 26. de pœn. nativitatem, quæ vitio aut culpæ verti nemini poteſt, pœnæ eſſe non debere: undecumque homines naſcuntur, ſi parentum vitia non ſectentur, honeſtos eſſe.* Auguſtin. *cap. undecunque, diſt. 56.* Ceterum ut hæc vera ſint, negari tamen non poteſt, quin labes aliqua & macula ſpuriis adhæreat, non quidem ex facto ſic naſcentium, ceu pœna inuſta: ſed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui poſſunt, ut ſcribit Plut. *lib. de educ. lib.* vixque eſt, ut defendi poſſit, eum, qui ex vulgivaga Venere & improbata gentibus omnibus conjunctione natus eſt, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali perſona, ut loquuntur, habendum eſſe. Qua de re eleganter diſſerit vir doctiſſimus Arniſæus *lib. 11. de repub. c. 2. ſect. 13.* Illud equidem minime concedo, quod Gov. 11. *de ſponſ. 8. n. 11.* Card. Tuſc. *concl.* CCCCLIV. *n. 17.* ſtatuunt, meretricem, quæ poſtea nupſit, pro perſona infami habendam non eſſe, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudo, quæ poſtea intermittitur. *l. 43. §. 4. de rit. nupt.* Utique manet adhuc litura proſtitutæ quondam pudicitiæ, at excluduntur a fratre, qui vel levis notæ macula adſperguntur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus ſæculi tribunalibus, *l. 65. de furt. l. 5. vi bon. rapt.* ut autem turpis perſona inſtituta ſit: non tamen ſtatim frater ad querelam admittitur. Quid enim ſi ipſe eadem turpitudine, qua hæres ſcriptus, laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, *arg. l. 11. C. hoc tit. l. cum mulier 47. ſol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus cauſis expreſſis. *Nov. 22. cap. 47.* eaſque cauſas opponi ab hærede & probari ſufficit, etiamſi a teſtatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum eſt. Gudelin. *de jur. nov. lib. 11. c. 8.* Vinn. Aſt ſpurios tamen haud intelligi in *l. 27. C. h. t.* ſingulari diſſertatione *de levis notæ macula* demonſtrari a nobis meminimus. Hein.

Ultra fratres & ſorores, &c.) Cognatos, qui ſunt ultra fratrem, Ulpianus in *l. 1. hoc tit.* hortatur, ne ſe ſumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioſo obtinere ſpem non habeant. Ex quo explicandum eſt, quod Juſtinianus hic ſimpliciter ait, eos nullo modo agere poſſe aut agentes vincere: item quod Dioclet. & Maxim. reſcribunt, *in l. fratris 21. C. eod.* neminem eorum, qui ex tranſverſa linea veniunt, exceptis fratre & ſorore, ad inofficioſi querelam admitti; nimirum non admitti, agere aut agentes

tes

tes vincere, ſuoque jure teſtamentum evertere non poſſe, ſi exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Plane enim ſi egerint, & nemine forte eos repellente obtinuerint, teſtamentum jure reſciſſum manet, remque proximi ab inteſtato auferunt, *l. 6.* §. 1. *eod.* Similem ſuperioribus quæſtionem peperit conſtitutio Juſtiniani, *Nov.* 118. *c.* 3. ubi cum fratribus defuncti ad ſucceſſionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæſtione idem, quod de præcedentibus, judicium eſto. Vinn. Eſt hoc ex jure novo, invecto, ut videtur, poſtquam portio legitima invecta eſt. Jure enim antiquo & alios agnatos cognatoſque remotiores, immo & amicos extraneos inofficioſi querelam inſtituiſſe, clariſſime patet ex Valer. Max. *lib.* vii. *cap.* 6. Conf. *Antiqu. noſtr. Rom. h. t.* §. 7. Hein.

Textus.

Qui alio jure veniunt, de inofficioſo non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam ſecundum noſtræ conſtitutionis diviſionem adoptati, ita demum de inofficioſo teſtamento agere poſſunt, ſi nullo alio jure ad defuncti bona venire poſſint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt. Poſtumi quoque, qui nullo alio jure venire poſſunt, de inofficioſo agere poſſunt.*

Notæ.

2. *Naturales liberi*) Id eſt, juſtis nuptiis quæſiti: *v. ſup. de adopt. in pr.* quibus exæquati & qui poſtea facti legitimi. *Nov.* 89. Matris autem teſtamentum etiam ſpurii inofficioſum dicunt. *l.* 29. §. 1. *eod.*

Noſtræ conſtitut. diviſionem) Adoptati ab aſcendente queri poſſunt, ab extranea perſona non poſſunt. Conſtitutio eſt *l. pen. C. de adopt.*

Alio jure veniunt) Igitur impuberes adrogati queri non poſſunt, quia quartam habent ex conſtitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *h. t.* nec ſui nec emancipati præteriti a patre, quia illorum præteritio patrem inteſtatum facit, hi habent contra tabb. *ſup. de exh. lib.* quam ob cauſam querela dicitur ultimum adjutorium, *l. ult. C. de lib. prat.* ἔσχατη βοήθεια. Theoph.

Poſtumi qui nullo alio jure) Ac proinde non aliter, quam ſi ſint exhæredati: nam & poſtumi ſui & quaſi poſtumi præteriti, agnaſcendo aut quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpunt: ex filio concepti poſt emancipationem bonorum poſſeſſores efficiuntur, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr. cont. tab.* §. 1. 2. & 5. *ſup. de exhib. lib.* Ceteri poſtumi alieni aliud remedium non habent. *l. 6. hoc tit.*

Commentarius.

1. *Quam rationem habeat, quod qui alio jure venire poſſunt, ad querelam non admittantur.*
2. *Cur parenti manumiſſori querela detur, cum contra tabulas petere poſſit?*
3. *Quando poſtumis querela neceſſaria: & num idem adhuc hodie?*

Secundum noſtræ conſtitutionis diviſionem) Intelligit conſtitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adopt.* cujus crebra in hiſce libris mentio. §. 2. *ſup. de adopt.* §. 5. *ſup. de exhær. lib.* §. 1. *tit. præt.* §. *ſed ea* 14. *inf. de hær. quæ ab int.* Significat autem, ex ſua conſtitutione eos duntaxat liberos, a patre naturali in adoptionem datos, queri de inofficioſo patris teſtamento poſſe, qui dati ſunt perſonæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud ſæpe monuimus, perpetuum eſſe in jure noſtro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos ſignificentur liberi ex juſtis nuptiis procreati, *l.* 1. §. *liberos* 6. *unde lib. l.* 1. §. 2. *de ſuis & legit. ſup. de adopt. in p.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* quanquam matris teſtamentum etiam naturales illegitimi, adeoque ſpurii, inofficioſum dicunt. *l. ſi ſuſpecta* 29. §. 1. *hoc tit.*

Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt) Hoc, credibile eſt, introductum eſſe, ut quoad fieri poſſet, ſalvo jure exhæredati aut præteriti, exiſtimationi teſtantium parceretur, quos querela dum quæſito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane, nec pie feciſſe arguit. Eſtque querela remedium extraordinarium & ſubſidiarium: cujuſmodi concedi non ſolet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus eſt. *l. in cauſa* 16. *de minorib.* Proinde, qui teſtamentum nullum ruptum aut irritum dicere poteſt, inofficioſum non dicet: niſi forte juſta cauſa ſit dubitandi, an alio remedio æque cautum ſit agenti: tunc enim eligere licet, *l.* 8. §. *ſi quis* 12. *hoc tit. fac. l.* 7. §. 3. *de dol.* & ſi quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur poſtea de inofficioſo queri, *l. contra* 16. & *ibi* Sichard. *C. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittuntur, de inofficioſo agere non poſſunt, *l. ſi ponas* 23. *eod.* In ſumma de inofficioſo agere non poteſt, niſi qui omni alio auxilio tum civili tum prætorio deſtitutus eſt; quam ob cauſam querela inofficioſi ultimum dicitur adjutorium, *l. ult. verſ. nam cum ultimum. C. de lib. præt.* ἔσχατη βοήθεια, Theoph. Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri a filio emancipato præterito querela datur inofficioſi, cum *bonorum filii poſſeſſionem contra tabulas* petere poſſit? *tit. ſi a par. quis man.* In promptu reſponſio eſt, hanc bonorum poſſeſſionem non dari patri, tanquam patri, ſed tanquam manumiſſori & patrono: nam emancipatus a parente in ea cauſa eſt, ut in contra tabulas bonorum poſſeſſione liberti exitum patiatur, *l.* 1. *in pr. d. tit.* ut patronus igitur contra tabulas agit: ut pater, querela inofficioſi. Et longe diverſa eſt iſta bonorum contra tabulas poſſeſſio ab ea, a qua excluduntur exhæredati, & ſimiles exhæredatis, præteriti, *l.* 8. *in pr. cont. tab.* quæ ad parentes non pertinet, ſed tantum ad liberos a patre præteritos & maxime emancipatos, *l.* 1. & *paſſ. d. tit.* Conſiderandum quoque eſt, bonorum poſſeſſionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non eſſe remedium 2

 ejuſ-

ejuſdem poteſtatis, nec æque plenum, ac querela: cum querela totum teſtamentum reſcindat, bonorum autem iſta poſſeſſio conſtitutæ tantum partis plerumque detur. *l. 3. ſi a par. quis man.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cum ſit & pater, uti diſputat Juriſconſultus *d. l. 1. §. ult. eod.* & tralatitium apud noſtros eſt, poſſe cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius eſt, atque expeditius. Plane qui de inofficioſo acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum poſſeſſionem; ſed eam, quæ litis ordinandæ gratia querentibus erat neceſſaria, ut juſto titulo niti, & hæreditatem petere viderentur. *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. hoc tit.* Ceterum ea bonorum poſſeſſio ſine re & effectu erat: neque enim ideo ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſio auferebatur, *l. 2. C. eod.* cujus rei etiam ſupra meminimus *ad §. pr. hujus tit.*

3 *Poſtumi quoque, qui nullo alio jure*) Conſtat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuiſſe, ut nec jure civili nec prætorio teſtamenta parentum turbarent, unamque tantum illis ſuperfuiſſe querelam inofficioſi teſtamenti, *l. 8. in pr. cont. tab.* Idque ita erat, ſive cauſæ ingratitudinis teſtamento adſcriptæ eſſent, ſive non eſſent; ſive conſtaret liberos ingratos non fuiſſe, ſive conſtaret, ne ingratos quidem eſſe potuiſſe: ideoque in infante quoque exhæredato valebat teſtamentum, neceſſariaque erat exhæredato inofficioſi querela: quod jus a Juſtiniano quoque confirmatum. *l. ſi quis 33. §. 1. C. hoc tit.* Poſtumo non tantum exhæredato, verum etiam præterito valebat ab initio teſtamentum: ſed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur teſtamentum: exhæredatus non rumpebat, ſed ad reſcindendum teſtamentum non ei minus, quam ceteris liberis exhæredatis, querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Juſtinianus *l. omnimodo 30. §. 1. C. eod. & hoc noſtro §.* Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ a matre aut avo materno facta eſt, *§. ult. ſup. de exhær. liber.* Ceterum non perſtitiſſe in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogaſſe, *Nov. 115. c. 3.* pleriſque interpretum noſtrorum viſum fuit. Qui ſic ratiocinantur: Si ex *dict. Nov.* teſtamentum ipſo jure nullum eſt; cum liberi, in quos cadere poteſt ingratitudo, exhæredati ſunt ſine expreſſione juſtæ cauſæ ingratitudinis, multo magis ubi nulla eſſe poteſt exhæredationis cauſa, ut in infante & poſtumo, teſtamentum his exhæredatis nullum erit, aut agnatione poſtumi rumpetur: ac proinde cum alio jure ex *d. Nov.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi vero contra videtur ſententia iſta conſtitutioni Juſtiniani plane adverſari. Jubet quidem Juſtinianus, liberos exhærdari juſtis de cauſis, eaſque adſcribi; ceterum non ut teſtamentum ab initio conſtet, ſed ut ſi contra factum ſit, reſcindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat ſolis liberis, non ut aliis ea proſit, quod futurum eſt, ſi, teſtamentum non reſcindi, ſed nullum eſſe, dicimus. Quamobrem ſtatuimus etiam, poſt *d. Nov.* dummodo liberi, quicunque erunt, rite ſint exhæredati ſecundum formam juris veteris, quamvis nulla ſit cauſa exhæredationis, aut non ſit adſcripta, jus antiquum manere, & querelam ſolam exhæredatis dari, etiam poſtumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc ſententia ſtabilitur, uſus ſum *ad pr. hujus tit.*

Textus.

De eo, cui teſtator aliquid reliquit.

3\. *Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi nihil eis penitus a teſtatoribus teſtamento relictum eſt. Quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacunque pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioſo querela quieſcente, id quod eis deeſt, uſque ad quartam legitimæ partis repleatur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

Notæ.

3\. *Noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ*) Ipſorum parentum gratia: nam cujus teſtamentum inofficioſum dicitur, ejus opinio læditur & pudor ſuggillatur, dum inſimulatur dementiæ. Plin. v. *Epiſt.* 1. conſtitutio eſt, *l. 30. C. hoc tit.*

Quod deeſt repleatur) Condictione ex *d. l. 30.* quæ actio diverſa eſt ab illa de inofficioſo. Condictio illa perpetua eſt, atque ad hæredes tranſmittitur; querela finitur quinquennio, *l. 8. §. ult. & l. ſeq. eod. l. 34. C. eod.* nec tranſmittitur, niſi præparata, *l. 6. §. ult.* cum 2. *ll. ſeqq. eod.* illam excludit agnitio relicti, hanc non item.

Licet non fuerit adjectum) Quod adjici olim ad excludendam querelam neceſſarium. *l. 25. eod. l. 4. C. Th. eod.* Alioqui etiam hæres in minore parte inſtitutus queri poterat, *l. 3. C. eod.* excepto quod fratribus cohæredibus adjectis quartæ petebat ſuppletionem. Paul. IV. *tit. 5.*

Commentarius.

1. *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim receſſum conſtitutionibus Juſtiniani?*
2. *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat?*
3. *An ut augeri & minui legitima poteſt, ita & in totum tolli?*
4. *Si minus legitima relictum, qua actione, quod deeſt, petatur? & quibus rebus ea actio differat a querela inofficioſi?*

In hoc loco explicando multum operæ Weſenbecius poſuit; alii, ut Vigl. Mynſ. Hotom. leviter tantum eum perſtrinxerunt. Difficilem ſane reddit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt, teſtamentum, in quo debita legibus portio 1 iis, qui queri poſſunt, relicta eſſet, pro inofficioſo aut contra pietatem facto habendum non eſſe. Ceterum, ut id ab expugnatione immune eſſet, totam legitimam, id eſt, quartam integram debitæ portionis

nis ab inteſtato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, ſive in hæreditate, ſive in legato aut fideicommiſſo. *l.*8. §. *ſi quis* 6. & §.8. *h. tit.* Si minus relictum eſſet, querela iis non denegabatur, niſi judicium defuncti agnitione relicti aut quavis ratione comprobaſſent. *d. l.*8. §. *conditioni* 10. *l. ſi pars* 10. §. *ult. l. nihil* 12. *l. filius* 22. *l. pen.* §.3. & 4. *l. ult. eod.* Plane, ſi expreſſe in hoc aliquid datum fuiſſet, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat. *l. ſi non mortis* 25. *eod.* Paulus quoque *lib.* IV. *ſent.*5. ſcribit, filium ex minore parte inſtitutum, cui fratres cohæredes dati ſint, jure deſiderare, ut portio debita ſuppleatur, citra inofficioſi querelam, unde ſimul apparet, adjectis extraneis ſecus fuiſſe. *fac. l.*3. *C. h. tit.* Illud omnino certum eſt, quando teſtator nominatim caviſſet, ut ſi minus relictum eſſet, ſuppletio ad modum quartæ fieret, tunc ceſſante querela, id ipſum boni viri arbitratu hæredem ſupplere debuiſſe, *l.*4. *C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprime notandum, olim ita jus fuiſſe, ut non tam ipſa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ ſive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc eveniſſe, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta eſſet, a querela repelleretur, & is, qui ex minore parte, quam quæ legitimam conficeret, hæres inſtitutus eſſet, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perſpicue probat d. locus Pauli, & Ulpiani quoque in *d. l.* 8. §. *quarta* 9. quod, quia in principio omiſſum eſt, hic annotare libuit. Videamus nunc, quatenus Juſtinianus ab hoc jure receſſerit ea conſtitutione, cujus hic meminit, & quæ extat in *l. omnimodo* 30. *C. hoc tit.*? Is vetera jura intacta ſervari expreſſe voluit, id eſt, querelam inofficioſi locum habere, cum nihil exhæredatis aut præteritis teſtamento relictum eſt, §.1. *d. l. omnimodo* & *l. ſeq.* At ſi ei, qui queri poterat, aliquid relictum ſit vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommiſſo, id ſatis Imperatori viſum eſt ad excludendam querelam confirmandumque teſtamentum; jubetque hoc caſu id, quod deeſt, uſque ad portionem legitimam ſuppleri, licet teſtamentum adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu ſuppleretur. *d. l. omnimodo in pr.* quod etiam repetit *l. quæ nuper* §. *& aliquot ſeqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque, ſe hoc conſtituiſſe, ut amputaret innumerabiles occaſiones ſubvertendi ultimas hominum diſpoſitiones, atque in eo reſpexiſſe ad verecundiam naturæ. Ac proinde Weſembecio aſſentiendum non eſt, qui arbitratur, in una tantum ſpecie, cum ſcilicet nominatim aliquid in quartam ſeu pro legitima relictum eſt, correctioni conſtitutionis & ſuppletioni locum eſſe: ſin autem ſimpliciter quid relictum ſit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec d. conſtitutionem refragari. Alia conſtitutione Imperator ſancivit, ut, etſi quis relictum aut inter vivos ſibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, poſt obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id, quod legitimæ deeſt, perſequi; niſi agnoſcens adjecerit, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem. *l. ſi quando* 35. §. 2. & 3. *C. eod.* Noviſſimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quam ipſa exhæredatio, per ſe querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, ſi tamen immerenter reperiantur exhæredati, conqueri non prohibeantur. *Novell.* 115. *cap.* 3. 4. & 5. de quo accuratius ſub §. *ult. inf. eod.*

Ad verecundiam naturæ) Ne ſcilicet temere atque irreverenter liberi proſiliant ad impugnanda ac reſcindenda teſtamenta parentum, quorum ut perſona, ita & voluntas ſancta iis eſſe debet: & in univerſum, ut aliorum quoque pudori conſulatur, nec tam crebra ſit occaſio ſuprema hominum judicia evertendi, tanquam impia atque inhumana, quæſito colore ac prætextu furoris, *d. l. omnimodo in pr. C. h. t.* Nam is, cujus teſtamentum inofficioſum dicitur, dementiæ videtur inſimulari: ejus certe opinio læditur, & pudor ſuggillatur. Plin. V. *epiſt.* 1. Igitur poſt introductam actionem ad ſupplementum neque inſtitutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis, quibus exhæredatis per legatum aut fideicommiſſum aliquid relictum eſſet, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competiit; ſed iis ſolis, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia. *d. l. omnimodo,* & *l. ſeq. C. eod.* Nemo vero putet, ſi teſtator filio, quem in poteſtate habet aut habuit, præterito, quartam partem, verbi cauſa, legaverit, prohiberi conſtitutione Juſtiniani teſtamentum nullum dicere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas accipere: nam ad ea tantum patrum teſtamenta conſtitutio pertinet, quibus filii in poteſtate conſtituti aut emancipati legitime exhæredati ſunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non poſſint, quam ſubſidiario querelæ. §.2. *prec.*

Ad quartam legitimæ partis) Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ ſucceſſionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipſa quarta, ad quam in propoſito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio, & debitum bonorum ſubſidium, *l.*8. §. *unde* 11. *h. t. l.* 5. *C. de inoff. don.* Græcis τὸ νόμιμον μέρος. Atque adhuc hodie quarta paſſim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi, portionis, ſcilicet quæ ad eum, qui queritur, perventura fuiſſet, ſi paterfamilias inteſtatus deceſſiſſet. *l.* 8. §. *ſi quis mortis* 6. *eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis ſic definitus ſit, non liquet. Juſtinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta ſubſtituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam ſemiſſem, *Nov.*18. quod augmentum, etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere ſtatuunt comm. DD. hic & in *aut. noviſſima C. hoc tit.* Graſſ. §. *legitima, quæſt.* 9. & Magiſter apud Harmen. *lib.* V. *tit.* 9. §. 14. Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt. Quos ſequitur Fachin. IV. *contr.* 28. quanquam neutrum horum aut inſcriptioni tituli, aut præfationi conſtitutionis, aut ratione conſtituentis mentive convenit; neque temere admittenda videtur extenſio, cum utique major ſit ratio liberorum. Neque vero verbis generalibus, quibus clauditur *c.*1. *d. Nov.* 18. comprehenduntur parentes & fratres, ſed diverſæ liberorum perſonæ deſignantur, videlicet filii, nepo-

tes,

tes, pronepotes, poſtumi omnes, tum in paterna tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus aperte ſignificat, & bene obſervavit Vaudus *lib.* 1. *var. quæſt.* 50. Uſus tamen augmentum
3 admiſit in parentibus. Porro hæc conſtitutio Juſtiani occaſionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili poteſt, ita poſſit & in totum tolli? Vulgo ſic cenſent, liberorum & parentum legitimam mutari tantum poſſe; tolli non item; fratrum poſſe & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex ſola diſpoſitione juris civilis. Mynſ. v. *obſ.* 43. *&* vi. *obſ.* 44. Gail. ii. *obſ.* 122. Covar. *in* 4. *decretal. p.* 2. *cap.* 8. §. 6. *num.* 5. Graſſ. §. *legitima quæſt.* 2. Chiflet. *de port. leg. cap.* 3. Schneid. *hic*, *numero* 10. Sed primum inſubtile eſt, quod quæſtionem proponunt de ipſa legitima: ſiquidem quod legitima proprie & formaliter dicitur, nempe certa illa & definita quantitas, cum ſit ex jure civili, eodem jure quoque tolli poteſt, id eſt, ſanciri; ut nomine legitimæ non amplius talis portio, ſed alia veniat: ideoque potius de jure ſuccedendi in univerſum quærendum fuerat. Quod etiam ipſos ſenſiſſe exiſtimo, ſive, quod res ipſa oſtendit, cum legitimam ajunt humanis legibus tolli non poſſe, id ſic capiendum eſt, quatenus in legitima inſunt alimenta neceſſaria. Nam utique quod ſupra eſt, tolli poteſt, non repugnante natura. Deinde male in propoſito parentes liberis exæquant. Tota igitur diſputatio & quæſtio huc redit, an lege civili effici poſſit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus ſuccedant? idque duobus modis intelligi poteſt; primo an effici poſſit, ut non ſucedant omnino? id eſt, etſi quis ex his perſonis inteſtatus deceſſerit; ſecundo, an poſito, quod ab inteſtato ſuccedant, a ſucceſſione iſta excludi poſſint per exhæredationem aut præteritionem? In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio eſt. Et ad primum quod attinet, perſpicue palam eſt, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis,* inquit Paulus Juriſconſultus, *quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando*, *l.* 7. *de bon. damnat.* cui ſimile eſt, quod Plutarchus in libello elegantiſſimo de prolis amore ſcriptum reliquit, liberos hæreditatem, ut ſibi debitam, ὡς ὀφείλημα, exſpectare. *Sanguini honorem reliquit,* ait Val. Maximus de Q. Hortenſio qui filiam ſibi minus probatam hæredem ſcripſerat, *l.* 5. *cap.* 9. Papinianus in *l.* 7. *in fin. unde lib.* ſcribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ ſimul & parentum commune votum*; id eſt, liberos ſequi hæreditatem partim ob præciſum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes creduntur id velle, ut liberis quam optime proſpectum ſit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis ſui partibus, non tantum de neceſſariis, ſed & de his, quæ ad vitam ſuavius honeſtiuſque tranſigendam pertinent, quam uberrime voluiſſe proſpectum. Quæ cum ita ſint, lex civilis efficere non poteſt, ut liberi in totum & ſimpliciter a ſucceſſione parentum excludantur. Ceterum non eſt iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & ſtudio familiarum conſervandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in ſucceſſione cenſeantur, & maſculi fœminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in ſucceſſione matris anteponatur, dum ne liberi fraudentur neceſſariis alimentis, quæ præciſe natura debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, ſed ſola ratio miſerationis admittit, *dict. l.* 7. *in fin. unde lib. l.* 15. *in pr. de inoff. teſt.* facilius excludi poſſunt. Nam & ante Senatuſconſultum Tertullianum mater non admittebatur, & poſt id Senatuſconſultum eam excludebant fratres conſanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non conſanguinei tantum, verum etiam uterini, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l.* 2. *C. ad Senatuſconſ. Tertull.* & apud nos in parte Hollandiæ Auſtrali, altero parente mortuo, parens ſuperſtes excluditur a ſucceſſione liberorum a cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici ſolet; *Paterna paternis, materna maternis.* Similiter & fratres removeri a ſucceſſione poſſunt, admiſſis aliis, ſicut pater olim non tantum ut manumiſſor, ſed etiam ut pater, in ſucceſſione filii emancipati fratribus prælatus fuit. Qua de re uberius agemus *inf. lib.* 3. *tit.* 1. *&* 3. *ſeqq.* De altero ſic cenſeo, poſſe tale jus conſtitui, ut parentes & fratres, quamvis ad ſucceſſionem ab inteſtato vocentur, impune præteriri aut ſubmoveri poſſint, neque neceſſe eſſe his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, niſi lex aliqua humana id jubeat: quippe cum hæc non ſic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; ſed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum eſt, quod poſt DD. vulg. Mynſing. vi. *obſ.* 44. aſſerit, parentum legitimam ita cauſam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat. Liberorum vero legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc eſt, jus civile efficere non poteſt, ut liceat parentibus liberos ſuos ſine juſta cauſa a tota ſua ſucceſſione repellere, ad quam lex naturalis, quaſi debitam, & quidem præciſe ratione alimentorum, eos vocat, *arg. d. l.* 7. *de bon. damn.* junct. *l.* 6. *de juſt. & jur.* add. Oſwald. Hillig. *in lib.* xix. *comm. Donell. cap.* 4. *& ibi alleg.* Paul. Buſ. *ad l.* 8. §. *ſi quis mortis numero* 11. *& ſequentib. hoc titul.* Grot. ii. *de jur. bell. & pac. cap.* 7. *numero* 4. *& ſequentib.*

Repleatur) Qua vero actione repletio ejus, quod deeſt, petetur, utrum actione ex teſtamento, an qua alia, puta petitione hæreditatis, aut judicio familiæ erciſcundæ, aut potius condictione ex lege Juſtiniani? Et 4
ſi quidem filium ponimus exhæredatum adſcripto legato, certum eſt actionem familiæ erciſcundæ aut petitionem hæreditatis hic competere non poſſe. Probabiliter autem defendi poteſt, agi poſſe ex teſtamento, & quod deeſt tanquam legatum peti, maxime ſi teſtator id ſuppleri juſſerit: quanquam etſi nihil dixerit, idem probari poteſt, quaſi id potius voluerit, quam teſtamentum reſcindi. At ſi inſtitutus ſit filius, quod ad excludendam querelam hodie neceſſarium eſſe docebimus §. *ult. inf. eod.* hic ſi ex parte aliqua hæreditatis inſtitutus ſit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciſcundæ nomine ſupplementi experiri, quia ſcilicet pro parte hæres eſt, ſin inſtitutus ſit in re certa, quod eodem loco oſten-

de-

demus nunc ſufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus eſſe judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciſcundæ, ſed tantum actioni ex teſtamento: quoniam qui certæ rei hæres ſcriptus eſt, dato cohærede, legatarii loco habetur, *l.13.C.de hær. inſt.* Ceterum dubitationis omnis tollendæ cauſa, tutius fortaſſis erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad ſupplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioſo differentiam. Prima eſt, quod querela taciturnitate quinquennii, ab adita hæreditate computandi, extinguitur, *l.8.* §. *ult. & l.ſeq.hoc tit. l.16.l.ſi quis 34.in fine. l.pen.* §.2. *C.eod.* hæc actio ſive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua eſt, id eſt, durat annos triginta; qui terminus eſt actionum omnium in perſonam. *l.3.C. de praſcr. 30. an. deciſ. 3. Cur. Holland.* Altera, quod querela (quippe quæ inſtar eſt actionis injuriarum, *l. 8. in pr. hoc tit.*) excepto caſu *d.l.ſi quis 34. C. eod.* in hæredem non tranſmittitur, niſi præparata; actio hæc etiam non præparata tranſeat. Tertia, quod, qui agnoſcit, quod ſibi teſtamento relictum eſt, querelæ renunciaſſe intelligitur, *l. 10.* §.1.*l.12. in pr. eod.* non autem huic actioni ad ſupplementum, *l. ſi quando 35.* §. 2. *C. eod.* Primam differentiam non admiſit Bartolus, ſed reliqui omnes admiſerunt, teſtibus Vigl. Mynſing. & Weſemb.*hic.* Gail. *lib.* 11. *obſ.* 120.

Textus.

Si tutor, cui nihil a patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cum nihil erat ipſi tutori relictum a patre ſuo: nihilominus poterit nomine ſuo de inofficioſo patris teſtamento agere.*

Notæ.

4. *Si tutor, &c. legatum acceperit*) Repellitur ab inofficioſi querela, qui exhæredatus legatum ex teſtamento percepit, aut petenti advocationem præbuit. Agnoviſſe enim judicium defuncti videtur, *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1.*l.* 12. *l. ult. eod. l.*8. §. 1. *C.eod.* Tutorem autem neceſſitas officii excuſare debet, qui id totum alii adminiſtravit, *d. l.* 10. §.1. *l.22.de his qua ut indign.*

Textus.

Si de inofficioſo nomine pupilli agens ſuccubuerit.

5. *Sed ſi e contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioſo egerit, et ſuperatus eſt: ipſe tutor, quod ſibi in teſtamento eodem legatum relictum eſt, non amittit.*

Notæ.

5. *Sed ſi e contrario*) Qui voluntatem defuncti ſive ſuo ſive alieno nomine dicit inofficioſam, legatum ſibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti: *l.* 8. §. 14. *hoc tit.* ſed neceſſitas officii & fides tutoris hic etiam excuſata. *l.30.* §.1.*eod.* Qui negat, teſtamentum patris jure factum eſſe, non intelligitur judicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, *l.* 24. *de his qua ut ind.*

Commentarius.

1. *Effecta agnitionis & oppugnationis judicii defuncti.*
2. *Hac effecta ad eos non pertinere, qui ex neceſſitate officii alieno nomine agnoſcunt aut impugnant.*
3. *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

Qui judicium defuncti agnoſcit, puta quod ſibi datum eſt, percipiendo, hoc ipſo teſtamentum comprobare intelligitur & querelæ renunciare, *l.* 8. §.*ſi conditioni* 10. *l.*10. §.1. *l.*12. *l. ſi ponas* 23. §.1. *l.pen.* §.3. *&* 4. *l. ult. hoc tit. l.* 8. §.1. *C. eod. l.* 5. *in pr. de his qua ut indign.* Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat, ut inofficioſam, is legatum ſibi relictum perdit, & id fiſco vindicatur, quaſi indigno ablatum, *d. l.*8. §.*meminiſſe* 14. Nec intereſt, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficioſumque dixerit, an alieno, dummodo id fecerit ſponte, nec ulla neceſſitate officii cogente, veluti ſi advocationem præbuerit, *dict. l. ult. in pr.* Cui non obſtat, quod filius patroni, qui advocationem accuſatori liberti præſtitit, non repellitur a bonorum poſſeſſione liberti. *l. qui cum* 14. §. *ſi patroni* 9. *de bon. libert.* nam jus bonorum poſſeſſionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus, aut liberi ejus amittunt, quam ſi ipſi libertum accuſaverint. Quod intelligitur ex ratione, qua Juriſconſultus d. loco utitur; neque enim, inquit, advocatus accuſat. Legatum vero amittit advocatus exhæredati, non quia accuſare teſtamentum intelligitur, ſed quia accuſationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti, quod ſatis eſſe viſum eſt ad amiſſionem legati, advocato relicti ab eo, quem furoris arguit. Cur vero non ſimiliter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum teſtamentum falſum, aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit? *l.* 5. *in pr. &* §. 1. *de his qua ut indign.* Hanc rationem reddit Papinianus *l.ſi teſtamentum* 24. *eod. tit.* quoniam qui teſtamentum jure factum negat, de jure diſputat, non impugnat aut accuſat judicium. Vinn. Sed hæc recte intelligenda. *Qui teſtamentum jure factum negat, de jure diſputat*: an ſcilicet ea ſint obſervata ſolemnia, quæ jus exigit? *non autem impugnat judicium*, eo colore, quod teſtator fuerit emotæ mentis, adeoque nec ulla injuria adficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficioſi inſtituit querelam. Hein. Quod ſi quis ex neceſſitate officii ea, quæ diximus, fecerit nomine alieno, excuſatus eſt. Exemplum hoc §. proponitur in tutore:

re: ſed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes conſilio & opera ſua juvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum, cui clientis cauſam agere publice impoſitum, *argum. dict. l. 5. §. advocatum 23. de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cum ipſe exhæredatus eſſet a patre, legatum petierit, aut perceperit ex teſtamento, nomine pupilli, cujus tutelam gerit, ſive e contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioſo egerit & victus ſit, neque hoc caſu, quod ad ſe attinet, teſtamentum improbaſſe, neque illo probaſſe intelligitur, ſed hæc feciſſe ex neceſſitate officii & fide, quæ excuſata eſſe debet: ac proinde illo caſu non prohiberi ſuo nomine de inofficioſo agere, hoc caſu legatum ſibi relictum petere. *l. adverſus 30. §. 1. hoc tit. l. tutorem 22. de his quæ ut indign.* Similis priori caſus eſt in *l. cum quadam 26. C. de adm. tut.* Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim eſſe, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis ſubinde conſtitutionibus mutatus eſt. Quod miror neminem interpretum hoc lo-
3 co annotaſſe. Olim quacunque in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non ſolum in hæredis inſtitutione, ſed etiam in legati, ſive id tanquam ſibi legatum exhæredatus peteret, ſive relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, ſive relictum a legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis cauſa: nec referebat, per ſe caperet, an per alium, per textus *ſupra alleg.* Conſtitutionibus Juſtiniani nihil quidem mutatum in inſtitutione hæredis, ſed ſi is, qui queri poteſt, hæredem ſcriptum pro hærede agnoverit, puta res hæreditarias ab hærede emendo conducendove, aut ſolvendo, quod defuncto debuit; cujus generis item eſt, ſi quid conditionis implendæ cauſa ab hærede acceperit; (quibus omnibus factis hæres ſcriptus pro hærede agnoſcitur, *l. 8. §. ſi conditioni 10. l. ſi ponas 23. §. 1. h. t.*) querelam & jus petendi, quod ſibi relictum, aut quod reliquum eſt, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato vero prioribus Juſtiniani conſtitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicumque, alias queri potuiſſent, hoc ipſo excludantur, quod legatum illis relictum ſit, quamvis illud non agnoverint: ceterum accepto eo, quod relictum eſt, ad ſupplementum ejus, quod legitimæ deeſt, agere poſſunt, *l. omnimodo 30. cum ſeqq. C. eod.* Itaque jam non agnitio legati, ſed ipſum legatum querelam excludebat. Noviſſimo autem jure ad excludendos a querela liberos & parentes iterum agnitio legati deſiderari cœpit, ſi nihil iis titulo inſtitutionis relictum eſſet, ſalva tamen, ſi quid debitæ portioni deeſſet, actione ad ſupplementum, *Nov. 115. cap. 5.* D. Tulden. *hic cap. 5. & 6.* Ut igitur ſemel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex diſcrimen obſervetur. Primum hoc eſt. Olim, ſi minus legitima relictum eſſet, licebat repudiato legato agere de inofficioſo: hodie non licet, ſed legato admiſſo agitur ad ſuppletionem. Secundum eſt. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non tantum querelam, ſed omnem etiam petitionem reliqui, hodie ita querelam excludit, ut ſalva maneat ejus, quod legitimæ deeſt, petitio: niſi agnoſcens profiteatur, ſe relicto contentum de reliquo quæſtionem remittere. *l. ſi quando 35. §. pen. & ult. C. eod.* Poſtremum eſt. Olim qui rogatus erat legatum alteri reſtituere, non prohibebatur, eo agnito & reſtituto, de inofficioſo queri: hodie quieſcente querela id onus ſubducitur, proinde quaſi ad modum legitimæ nec reſtituere juſſus ſit. *l. 10. in fin. hoc tit.* junct. *l. quoniam 32. C. eod.* Quod ſi quis in eo quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbaſſet, puta advocationem præſtando aut aliis modis, placebat olim ceſſare querelam, quaſi judicio defuncti etiam in inſtitutione comprobato: quippe qua ſublata, ut tunc jus erat, cetera quoque corruebant. *l. pen. §. 3. l. ult. in pr. & §. 1. hoc tit.* junct. *l. 9. de teſt. tut. l. eam quam 14. C. de fideic.* Verum commutata eſt ratio juris, poſteaquam placuit, reſciſſo quoad inſtitutionem teſtamento, legata poſſe conſiſtere. *auth. ex cauſa C. de lib. præt.* Hoc enim jure poſito, dicendum omnino videtur, ſola legati, quod alii relictum eſt, agnitione non comprobari inſtitutionem hæredis. *argum. l. 10. C. de probat.* ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legato judicium agnovit, de inofficioſo ſuo nomine queri, ut bene diſputat Don. *XIX. comm. 6.*

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioſo agere non poſſit, ſive jure hæreditario, ſive jure legati vel fideicommiſſi, vel ſi mortis cauſa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo caſibus, quorum mentionem noſtra facit conſtitutio, vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum eſt, ut ſive unus fuerit, ſive plures, quibus agere de inofficioſo teſtamento permittitur, una quarta eis dari poſſit, ut ea pro rata eis diſtribuatur, id eſt, pro virili portione quarta.

NOTÆ.

6. Quartam quis debet habere) Id eſt, portionem legitimam, quæ olim erat quarta debitæ ab inteſtato portionis *l. 8. §. 8. eod.* Juſtinianus quantitatem auxit, ſubſtituto pro quarta triente; in liberis pluribus, quam quatuor, ſemiſſe. *Nov. 18.* qua conſtitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam cenſet Magiſter apud Harmen. *lib. v. tit. 9. §. 14.* Theodorus Diaconus auctam καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν. *arg. cap. 2. d. Nov. 18.*

Sive jure legati, &c.) Noviſſimo autem jure ut teſtamentum ab omni impugnatione tutum ſit, neceſſe eſt, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis. *Nov. 115. c. 3. 4. 5.* Unde vulgo ajunt, legitimam titulo inſtitutionis eſſe relinquendam, in qua ſententia & Græci ad *l. 8. hoc tit.* Sufficit autem vel

in

in particula aliqua aſſis vel etiam in re certa inſtitutos eſſe, & ſi quid ad portionem legitimam deerit, id querela ceſſante condicetur actione ſuppletoria. *d.* §. 5.

Iis tantummodo caſibus) Cujac. huc trahit duos caſus *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ſed ex vitioſa, ut Bachovio videtur, collectione, Conſtitutio eſt *l.* 30. C. *h. tit.*

In noſtris conſtitutionibus) Non extant. Et forte *noſtris* irreptitium eſt, fac. *l.* 17. *C. de collat.* junct. *l.* 29. *C. h. t.* quarum altera Leonis, altera Zenonis eſt.

Pro virili portione quarta) Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum. *Nov.* 18. Igitur ſi verbi cauſa duo ſint liberi: ſingulorum portio legitima erunt duæ unciæ: ſi ſex, uncia.

Commentarius.

1. *Refellitur inſignis quorundam error.*
2. *Jure Digeſt. & Cod. querela locum non patuiſſe, legitima quocunque titulo relicta.*
3. *Jus novum a veteri diſcrepare in caſu, quo quid inter vivos donatum eſt ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*
4. *Jure noviſſimo legitimam titulo inſtitutionis relinquendam: & quomodo hoc accipiendum?*
5. *Quid interſit, titulo inſtitutionis legitima relinquatur, an quo alio?*

Intolerabilis eorum error eſt, qui ex hoc §. colligunt, filium, etiam non legitime exhæredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta eſſet, jure antiquo queri debuiſſe de inofficioſo, nec alio jure 1 ad bona patris venire potuiſſe. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in poteſtate, teſtamentum ipſo jure nullum fuiſſe; emancipato præterito datam bonorum poſſeſſionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, teſtamentumve nullum erat, aut per bonorum poſſeſſionem everti poterat, quod quarta debitæ portionis, aut etiam multo amplius, præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus eſſet, necne, non ex legati datione: ſed ex inſtitutione aut exhæredatione æſtimabatur, omneſque præteriti cenſebantur, qui neque hæredes, inſtituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem* 12. *inf. de hær. qua ab int.* Itaque quod Ulpianus ait, in *l.* 8. §. *ſi quis.* 6. *hoc tit.* ſecure eum teſtari, qui mortis cauſa filio quartam donavit, non ſic accipiendum eſt, poſſe patrem iſto caſu ſecure filium præterire, ſed poſſe ſecure exhæredare, hoc effectu, ut & teſtamentum jure conſiſtat, nec per querelam reſcindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Juſtinianus: tota enim hæc diſputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili & prætorio a patris hæreditate excluſis unicum remedium ſupereſt, querela inofficioſi; ac proinde non ad alios, reſpectu patris, quam qui legitime exhæredati ſunt. Matris enim & per matrem adſcendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut ſæpe dictum eſt.

Sive jure hæreditario, ſive jure legati, &c.) In explicatione hujus tituli excuſata eſſe debet ejuſdem rei in-2 culcatio. Jure veteri liberis exhæredatis, aut præteritis, non tam ideo querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti erant, quam quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta ſeu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius cenſeatur iniquitas, ita ceſſabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum teſtamentum. Cui erat conſequens, ut querela excluderetur non tantum, ſi quarta relicta foret titulo hæreditario, ſed etiam ſi titulo legati aut fideicommiſſi. Et quia mortis cauſa donationes legatorum inſtar obtinent: *l. & ſi* 17. *in fin. de mort. ca. don. ſup. de donat.* §. 1. placebat etiam, ſi quis ei, qui queri poterat, quartam mortis cauſa dediſſet, eum ſecure teſtari, *d. l.* 8. §. *ſi quis* 6. quod jus in codice ſuo, item *Nov.* 18. *c.* 1. unde *auth. noviſſima C. hoc tit.* Juſtinianus integrum reliquit: noviſſime vero ab eo receſſit. *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. Ceterum de eo plura inferius.

Vel inter vivos iis tantummodo caſibus, &c.) Si quid inter vivos ſimpliciter donatum fuerat, etiamſi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela; contra vero ſi hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur. *l. ſi non mortis* 25. *hoc tit.* Hoc abroga- 3 vit Juſtinianus ea conſtitutione, cujus hic meminit, nimirum. *l. ſi quando* 35. §. 1. *C. eod.* Sanxit enim, ut ſi quid liberis a patre inter vivos donatum ſit, etſi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, niſi tamen patris judicium poſt mortem ejus agnoverint, aut cum ſcriptis hæredibus tranſegerint, manere nihilominus jus integrum teſtamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex ſententia Papiniani meritis magis ad obſequia paterna provocandi, quam pactionibus adſtringendi ſunt. D. Cujacius putat intelligi *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Juſtinianus ſancit, ut duobus caſibus donatio ſimplex in collationem veniat; ſi ea lege a patre facta ſit, ut conferatur; ſi facta ſit in compenſationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus e liberis accepit; ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus iſtis caſibus in quartam imputari. Sed vitioſa omnino eſt hæc collectio, atque e diametro pugnat cum *d. l. ſi quando* 35. §. 1. *C. hoc tit.* Ac tametſi verum eſt, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire, non idcirco tamen e converſo quæcunque veniunt in collationem, computantur in quartam: quod perſpicue oſtendit *d. l. pen. in pr. C. de collat.* ut adeo ead. l. quam Cujacius adducit, refellatur ipſius collectio. Et nimirum collatio facilius admiſſa eſt, ut æqualitas inter liberos in ſucceſſione ab inteſtato ſervaretur, quam filii exhæredati excluſio a querela: quem ob caſum Juſtinianus expreſſe noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium, a querela excludi, niſi judicium patris poſt obitum ejus agnoviſſet. *d. l. ſi quando* 35. §. 1. & 2. *C. h. t.*

Vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus) Hæ conſtitutiones fortaſſis priori Codici inſertæ fuerunt: in poſteriore enim, quem ſolum habemus, nulla Juſtiniani reperitur conſtitutio, quæ huc pertineat: niſi dicimus, verbum *noſtris* irreptitium eſſe & delendum. Sane Cujac. & Hotom. id non agnoſcunt, & a plurimis libris abeſſe teſtatur Pacius. Fac igitur hic ita ſcriptum eſſe, *aliis modis, qui conſtitutionibus continentur.* Quinam ergo iſti modi ſunt præter legatum, fideicommiſſum & donationem mortis cauſa, quibus liberi quarta a parentibus accepta conſtitutionibus a querela repellun-

tur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri a liberis juſſiſſet, *l. ut liberis 17. C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam 29. C. hoc tit.* Noviſ-
4 ſimo jure, ut ſupra memini, tota hæc ratio mutata eſt. Nam ex *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. non ſufficit ad excludendos a querela liberos & parentes legitimam eis quovis titulo relictam eſſe, ſed ut teſtamentum ab omni oppugnatione tutum ſit, neceſſe eſt; ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quam an inſtituti ſint, aut juſte a ſucceſſione ſummoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. cap.* 3. ubi Juſtinianus expreſſiſſimis verbis ſancit, non licere penitus parentibus liberos ſuos præterire vel exhæredes facere, nec ſi quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap.* 5. *ejuſdem Nov.* ubi teſtatur, hanc ſuæ ſerenitatis intentionem eſſe, ut a liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non auferetur iſta injuria, ſed manet adhuc, ſi adhuc liceat immerentes liberos & parentes exhæredare aut præterire, etiamſi eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc ſolum nulla injuria manet, ſi aut inſtituantur aut meritis de cauſis exhæredentur: unde DD. vulgo ajunt, legitimam hodie titulo inſtitutionis eſſe relinquendam, Clar. §. *teſtamentum quæſt.* 38. Graſſ. §. *legitima quæſt.* 32. At enimvero neceſſe non eſt, ut inſtitutio fiat in univerſa legitima, ſed ſufficit vel in particula aliqua aſſis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos eſſe, aut inſtitutos ſimpliciter juſſoſque certis rebus eſſe contentos: quibus caſibus, etſi minus relictum portione legitima, ceſſat tamen querela, & competit actio ad ſupplementum: quod ſi quid aliud inſuper relictum, id in legitimam imputatur ſecundum priores Juſtiniani conſtitutiones: *d. cap.* 5. *l. omnimodo* 30. *cum ſeqq. C. hoc tit.* cum contra jure veteri etiam inſtitutus queri non prohiberetur, ſi ex inſtitutione totam legitimam non obtineret, ut ſup. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc poſito aberravit Juſtinianus a ſcopo ſuo. Nam ex vera ratione juris, atque ipſius etiam conſtitutione Juſtiniani, qui certæ rei hæres inſtitutus eſt, datis aliis cohæredibus, aut qui ſimpliciter inſtitutus juſſus eſt certis rebus deductis hæreditatem reſtituere, non hæredis, ſed legatarii loco habetur, nullaſque actiones hæreditarias aut exercet aut excipit. *l.* 13. *C. de her. inſt.* §. *ſi quis* 9. *inſ. de fideicomm. hær.* Jam vero ſi nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres inſtituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quam illo modo fiat, ut hæres ſit, fruſtra Juſtinianus fuit, exiſtimans, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli, ſi modo hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel ſimpliciter & certis rebus deductis rogetur hæreditatem reſtituere. Nam ſi hæres non ſit, nihil amplius ea res efficit, quam ſi legatum accepiſſet, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur in Gloſſa *in l. ſi quis priore 29. a Trebell.* Ex quo etiam ſequitur, inane eſſe, 5
ſine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo inſtitutionis, Et fatendum eſt, hoc poſcere rationem juris, atque oportuiſſe, ſi revera ſplendidiore ac lautiore titulo officioſos liberos ac parentes decorari volumus, conſtitui, ut ſaltem in parte aliqua aſſis hæreditarii, licet minima, vel utique in ipſa legitima, quam pro triente, ſemiſſe aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes inſtituantur. Sed tamen Juſtinianus hoc non exigit, cui viſum eſt ſatis tolli injuriam præteritionis per ſolam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa inſtitutus eſſet, juſtam cauſam non habere conquerendi ſe eſſe præteritum, quod ne videatur ſine ullo juris effectu conſtitutum, defendi poteſt cum Sichard. poſt Bart. Jaſ. & DD. *in d. l.* 13. *C. de hered. inſtit* eum, qui in re certa inſtitutus eſt, mixtæ cujuſdam conditionis & naturæ eſſe, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua inſtitutus eſt, propria auctoritate apprehendere poſſit; quodque præcipuum eſt, jus etiam accreſcendi habeat hoc eſt, deficiente cohærede ſimpliciter inſtituto, ipſe univerſam hæreditatem ſolus conſequatur, perinde ac ſi ab initio ſolus ex re certa inſtitutus eſſet: licet aliud videatur Anton. Fabro *deciſ.* 15. *err.* 5. D. Corn. Swanenb. *tractat. de jur. accr. cap.* 8. Bartolus *d. loc.* ait, in re certa inſtitutum rei iſtius reſpectu pro legatario cenſeri, reſpectu perſonæ ipſius pro hærede: quod ſatis Juſtiniano viſum ad eum excludendum a querela. vid. Sichard. *d. loc. n.* 3. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 7. *d. Deciſ.* 7. *Cur. Holland.* Graſſ. §. *hæreditas quæſt.* 8. *num.* 3. Deckner. *lib.* 1. *diſſ.* 8. *n.* 21. Chriſtinæum *vol.* 4. *deciſ.* 11. *n.* 5. & *vol.* 2. *deciſ.* 170. Bachov. *vol.* 2. *diſp.* 12. *th.* 1.

Ut ea pro rata diſtribuatur) Itaque ſi unus ſit filius, is habere debet quartam partem totius ſubſtantiæ, id eſt, tres uncias; ſi duo, ſinguli ſeſcunciam, & ſic porro, ut virilis ſingulorum portio ſit quarta ejus partis, quam ab inteſtato habituri eſſent. *l.* 8. §. *ſi quis* 6. & §. *quoniam* 8. *hoc tit.* Jure autem noviſſimo ex *Nov.* 18. *cap.* 1. ſi unus ſit filius, is tertiam totorum bonorum partem habere debet, id eſt, uncias quatuor: ſi duo, ſinguli uncias duas: & ita deinceps, ut virilis ſingulorum portio ſit triens illius partis, quam ab inteſtato laturi fuerant. Si vero plures ſint liberi, quam quatuor, ſemis omnibus relinquendus, id eſt, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ ſucceſſionis debetur. Quare ſi verbi cauſa ſex erunt liberi, legitima ſingulorum erit uncia.

Titulus Decimusnonus.

DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Dig. Lib. XXIX. *Tit.* 11. *C. Lib.* 6. *Tit.* 31.

Continuatio & argumentum tituli.

SI teſtamentum ab initio recte factum fuerit, neque poſtea infirmatum, ſecundum ea, quæ ſuperioribus titulis expoſita ſunt: incipit poſt mortem teſtatoris deferri teſtamento hæreditas, ut jam ad acquiſitionem ejus nihil ſuperſit præter ſuſceptionem; quæ ex duabus partibus, quibus acquiſitionem hæreditatis conſtare diximus, ſub *§.ult.ſup.per quas perſ.cuiq.acq.* altera eſt. Quamvis autem eadem ſit ratio acquirendæ hæreditatis ab inteſtato delatæ, atque ex teſtamento: tamen cum diſſeruiſſet Imperator de deferenda hæreditate ex teſtamento, partem alteram, quæ eſt de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inſcriptio indicat: alterum eſt de acquirenda vel omittenda hæreditate. Poſterioris cognitio a priori dependet. Nam cum varia ſit hæreditatis acquiſitio, eam varietatem efficit diverſa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem recte primum indicantur genera & differentia hæredum, deinde demum diſputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

T E X T U S.

Diviſio hæredum.

Hæredes autem aut neceſſarii dicuntur, aut ſui & neceſſarii, aut extranei.

C O M M E N T A R I U S.

1. *In his regionibus hæredes omnes eſſe voluntarios.*

TRimembris hæc hæredum diviſio ex duabus bimembribus conflata eſt, more noſtris uſitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios eſſe neceſſarios, alios voluntarios; & illorum alios neceſſarios ſimpliciter, alios neceſſarios & ſuos. Rectius vero neceſſariis hæredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, *arg.l.12. de cond. inſt.l.15.& ſeq.de acq.hær. l.3. §.3. de hær.inſt.* quippe extranei ad diſtinctionem ſuorum magis dicuntur, non conſiderata in eis neceſſitate, *l. ſi alienum 49. §. 1. de hær. inſt. l. 6. in pr. de injuſt.rupt. l.6. de vent. in poſſ. mitt. §. cum autem 7. inf. de*
1 *hær. quæ ab int. §. poſtumo 26. tit. ſeq.* Eſt autem hæc diſtributio ex jure civili: nam prætor ſuos hæredes ex neceſſariis vi ipſa fecit voluntarios, dato beneficio abſtinendi, *§. 2. inf. in fin.* In hiſce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoſcimus: non neceſſarios, quia neque ſervos habemus, nec habemus filios cum ſervili illa qualitate; quippe quæ effectus eſt veteris illius juris patrii dominico ſimilis, apud nos, ut ſæpe dictum eſt, incogniti. Non ſuos; quia ſine fictione dominii rerum paternarum, ejuſque poſt mortem patris continuatione in perſona filii, ſuitas intelligi non poteſt: cujuſmodi Romani juris ſubtilitates noſtræ gentis ſimplicitas reſpuit.

T E X T U S.

De hæredibus neceſſariis.

1. *Neceſſarius hæres eſt ſervus hæres inſtitutus: ideoque ſic appellatur; quia ſive velit, ſive nolit omnino poſt mortem teſtatoris protinus liber & neceſſarius hæres fit. Unde qui facultates ſuas ſuſpectas habent, ſolent ſervum ſuum primo aut ſecundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem inſtituere: ut ſi creditoribus ſatis non fiat, potius ejus hæredis bona, quam ipſius teſtatoris, a creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præſtatur, ut ea, quæ poſt mortem patroni ſui ſibi acquiſierit, ipſi reſerventur. Et quamvis bona defuncti non ſufficiant creditoribus: iterum tamen ex ea cauſa res ejus, quas ſibi acquiſierit, non veneunt.*

N O T Æ.

1. *Pro hoc tamen incommodo*) Pro aſperſione hujus notæ, quod bona ipſius nomine a creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur.

Illud ei commodum præſtatur) Μισθος της τοιαυτης ὕβρεος. merces hujus injuriæ. Theoph.

Ex ea cauſa res ejus) Cujac. Fabrot. *ex alia cauſa quas ſibi res acquiſivit*, & ita quoque Theoph. VINN. Sed nihil tamen mutandum. Oſtendit enim Juſtinianus ſervum factum hæredem neceſſarium, melioris eſſe conditionis quam eum, qui bonis ceſſit: *non poſſe* enim *ex ea cauſſa res ejus, quas ſibi* poſtea aliunde *adquiſivit*, *venire*, quod fieri poteſt, ſi qui bonis ceſſit, ad meliorem fortunam pervenerit; ſalvo licet beneficio competentiæ. *l. 4. l. 6. l. 7. ff. de ceſſ. bon.* HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

NEceſſarius hæres eſt ſervus, &c.) Neceſſitatis hujus cauſa eſt dominica poteſtas. Cur enim non liceret hæredem neceſſarium facere, quem licebat occidere? *arg. l. in ſuis 11. de lib. & poſt.* Non ait, inſtitutus cum libertate; quod olim ex plurium ſententia neceſſarium erat, ut valeret inſtitutio, ſed ſimpliciter, in-

inſtitutus: quia etiam omiſſa datione libertatis a domino inſtitutum, liberum & hæredem neceſſarium eſſe voluit. *l. pen. C. de nec. ſerv. har. inſt.* §. 2. *ſup. qui & ex quib. ca. man. & ſup. de har. inſt. in pr.* Abſolute igitur neceſſarius hæres eſt ſervus a domino hæres inſtitutus, ſed ſcilicet, ſi in eadem cauſa manſerit. Nam ſi a vivo teſtatore manumiſſus fuerit, ſua voluntate hæres fit: ſi alienatus, novum dominum adeundo hæredem facit. §. 1. *ſup. de har. inſtitut.*

Sive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus) Hæc verba textus evidentiſſime oſtendunt, non ideo ſervum hæredem dici neceſſarium, quod nolenti imponitur neceſſitas adeundi: ſed quia protinus, id eſt, ſtatim a morte teſtatoris, hæres fit, ſolaque juris poteſtate circa ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligatur, perinde ac ſui hæredes & neceſſarii. Unde & ſi furioſus ſit, neceſſarius domino hæres exiſtit. *l. furioſus 63. de acq. har.* Et vel hoc ſolum, quod abſtinendi facultas ei denegatur, *l. neceſſariis 57. in fin. d. tit.* certum argumentum eſt, ipſo jure eum hæredem fieri. Cui jam conſequens, ſtatim quoque eum & ſimul liberum fieri: quod ſignificat Juriſconſultus *in l. 6. §. ult. de har. inſt.* cum ait, ſervum hæredem inſtitutum a ſemetipſo libertatem accipere: idemque traditur *in l. ex parte 58. de acq. har.* Perſpicuus ergo Giphanii error eſt, qui ſcribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et vero hoc ita conſtitui neceſſe fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: ſiquidem ut quis præciſe adeat hæreditatem cogi non poteſt, ne ſervus quidem a domino *l. 3. C. de har. inſt.* Obſervandum autem eſt, eum demum ſervum neceſſarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam ſi quis eum, quem ex fideicommiſſo manumittere debebat, teſtamento ſuo liberum & hæredem eſſe juſſerit, placet hunc neceſſarium hæredem non eſſe: quia libertatem non tam beneficio teſtatoris, quam alieno, & debitam ſibi, accepit. *l. ſi ſervo 84. de har. inſt.*

Unde qui facultates ſuas ſuſpectas) Indicat præcipuam utilitatem, eamque ſecutam conſuetudinem inſtituendorum ſervorum. Utilitas in eo conſiſtit, ut bona dominorum, qui ſolvendo non ſunt, poſt eorum mortem, non ipſorum, ſed ſervi hæredis neceſſarii nomine, a creditoribus poſſideantur vel diſtrahantur. Hinc orta conſuetudo, ut qui facultates ſuas ſuſpectas haberent, infamiam auctionis metuentes, eam hoc pacto in ſervos derivarent: quos pro honore delatæ ſibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumiſſionis æquo animo aſperſionem hujus notæ ferre convenit, uti ſupra quoque notatum eſt ſub §. 1. *qui & ex quib. ca. man.*

Hoc commodum præſtatur) Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως Theoph. Duriuſculum enim fuiſſet, ut ſi quid poſt mortem teſtatoris non ex cauſa hæreditaria, ſed vel ſua induſtria, vel ex aliorum liberalitate acquiſiviſſet, ejus quoque diſtrahendi poteſtas creditoribus fieret. Ceterum prius quam bonis teſtatoris ſe immiſceat, eave attingat, petere debet a prætore horum bonorum ſeparationem, quam & hoc caſu impetrat. *l. 1. § ult. de ſepar. bon.* Quo loco, quod notandum eſt; ſeparari etiam id dicitur, quod ſervo a teſtatore debetur; quaſi hoc etiam dici poſſit a patrono non profectum, quæ ſingularis eſt humanitas.

TEXTUS.

De ſuis hæredibus.

2. *Sui autem & neceſſarii hæredes ſunt, veluti filius, filia, nepos neptiſve ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui in poteſtate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptiſve ſui hæredes ſint, non ſufficit, eum eamve in poteſtate avi mortis tempore fuiſſe: ſed opus eſt, ut pater ejus, vivo patre ſuo, deſierit ſuus hæres eſſe, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus a patria poteſtate: tunc enim nepos neptiſve in locum patris ſui ſuccedit. Sed ſui quidem hæredes ideo appellantur, quia domeſtici hæredes ſunt, & vivo quoque patre quodammodo domini exiſtimantur. Unde etiam ſi quis inteſtatus moriatur, prima cauſa eſt in ſucceſſione liberorum. Neceſſarii vero ideo dicuntur, quia omnino, ſive velint, ſive nolint, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento, ex lege duodecim tabularum, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate, ut potius parentis, quam ipſorum bona, ſimiliter a creditoribus poſſideantur.*

NOTÆ.

2. *Qui in poteſtate morientis*) Ἐν τῷ καιρῷ τῆς τελευτῆς. Theoph. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum eſt: nam filius, qui in poteſtate eſt, non poteſt non eſſe ſuus hæres: in ceteris non item, ut mox ſequitur.

Non ſufficit in poteſtate, &c.) Ex his, qui in familia defuncti ſunt, ſuus hæres proprie eſt, quem nemo in ſuo ordine antecedit. *l. 33. §. 2. de teſtam. mil. l. 6. de injuſt. rupt. §. 2. ſup. de exh. lib.*

Aut qualibet) Eſt tamen caſus, quo nepos, qui tempore mortis avi ſuus hæres non erat, propter præcedentem perſonam patris, deſtituto avi teſtamento, ſuus hæres avo ab inteſtato exiſtit. *v. §. 7. & ſeq. de har. qua ab int.*

Prima cauſa liberorum) Suorum ſcil. hæredum. *§. 2. inf. de har. qua ab int.* Hodie autem liberorum omnium. *Nov. 118. c. 1.*

Sive velint, ſive nolint) Neceſſitas hæc a jure patriæ poteſtatis, *l. 4. de cond. & dem.* quæ & ipſa eſt ex lege decemvirali. Dion. Halicarn. *lib. 2. p. 96.*

Prætor permittit volentibus abſtinere) Quo beneficio utentes hoc conſequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur. *l. 57. de acq. har.* Itaque vi ipſa prætor ex neceſſariis voluntarios fecit; non tamen extraneos, quia, quod ipſis commodum, ſui adhuc manent. *§. 3. inf. de har. qua ab int.*

COM-

Commentarius.

1. *Plenius & planius, quam vulgo, ſui hæredes deſcribuntur.*
2. *Verbum hoc* ſuus hæres *non eſſe populare & oratorium, ſed forenſe & diſciplina juris proprium: deque eo nonnulla non paſſim obvia.*
3. *Exponitur latiſſime hujus nominis ratio.*
4. *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe neceſſitas? & quid ea operetur?*
5. *Prætorem dato beneficio abſtinendi neceſſitatem ſuſtuliſſe, ſed ſalvo jure ſuitatis: & quem effectum ea res habeat?*

Veluti *filius, filia, nepos, &c.*) Qui ſint & dicantur ſui hæredes, licet non definitione aliqua, ſed exemplis hic declaretur, facile tamen ex his, quæ traduntur, quivis per ſe brevem & explicandæ rei ido-
1 neam definitionem extruxerit. Nam ſi non alii ſui hæredes ſunt, quam liberi defuncti, & e liberis ſoli illi, qui in poteſtate morientis fuerunt, atque ex his, qui in poteſtate fuerunt, ſoli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat; hæc inductio nos quaſi manu ducit ad hanc definitionem; Sui hæredes ſunt liberi defuncti, qui, quo tempore is moritur, in poteſtate ejus ſunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Non eſt tamen hæc definitio modis omnibus abſoluta. Nihil in ea deſideraremus, ſi idem ſemper mortis tempus & delatæ hæreditatis eſſet: at hæc tempora non ſemper concurrunt: ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo de cujus ſucceſſione quæritur, ſuus hæres non erat, poſtea tamen ei ſuus hæres exiſtat. Plane neque ex teſtamento quiſquam ſuus hæres exiſtere poteſt, niſi qui tempore mortis in familia teſtatoris proximus eſt, neque ab inteſtato, ſi aut nullum teſtamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo teſtatore ruptum aut vitiatum; quippe in his caſibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum eſt, quam tempus mortis. At ſi proponas, patremfam. facto jure teſtamento, quod eo vivo infirmatum non ſit, deceſſiſſe, hic evenire poteſt, ut qui tempore mortis ſuus hæres non erat, poſtea ſuus hæres exiſtat, non utique ex iſto teſtamento, ſed eo deſtituto ab inteſtato: ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem inſtituit: deliberante hærede ſcripto, filius moritur: mox ſcriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio ſuſceptus avo ſuus hæres erit ab inteſtato: & hic tamen tempore mortis avi ſuus eſſe non potuit propter præcedentem perſonam patris, *l. 7. unde lib. §. cum autem 7. & ſeq. inf. de hæred. quæ ab inteſt.* ubi hoc pluribus illuſtratur. Ut igitur perfecta ſit definitio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo ſuus hæres eſt, qui in poteſtate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus eſt.

Aut qualibet alia ratione) Puta emancipatione aut deportatione. Nam ſi quis ex ſuis hæredibus qualibet ratione ſuus hæres eſſe deſierit: ſtatim liberi ejus gradum occupant, & ſuccedendo in ſui hæredis locum quaſi agnaſcendo fiunt avo aut proavo ſui hæredes. *§. 2. ſup. de exhær. lib. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. l. Gallus 29. §. & videtur 12. cum ſeq. de lib. & poſth.* Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in ſui hæredis locum ſucceſſio ex cauſa emancipationis nihil operatur quoad effectum ſuccedendi ab inteſtato, poſtquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad ſucceſſionem ab inteſtato admitti, atque in ea ſucceſſione præferri nepotibus ex ſe natis, licet retentis in poteſtate avi. *Nov. 118. c. 1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. lib.* inutile eſſe.

Sed ſui quidem hæredes) Nomen ſuorum hæredum ex jure civili deſcendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc eſt, ex lege duodecim tabularum, *l. liberorum 220. de verb. ſig.* Ulp. *tit. 26.* eſtque verbum forenſe ac proprium Juriſconſultorum, non populare aut oratorium, de quo Hotom. *9. obſ.* 10. Quod ut intelligatur, ſcien- 2
dum eſt, relativum *ſuus* non eodem modo ac ſenſu in propoſito apud noſtros uſurpari, quo apud grammaticos & in ſermone populi. Popularis locutio eſt, cum ea dictione, ut relativa & reciproca, ſic utimur, ut referatur & redeat ad eam perſonam, quæ præceſſit. Veluti cum noſtri dicunt, *Mulier ſuos filios in poteſtate non habet, l. 5. C. de adopt. Pater agnovit ſuum partum, aut filium ſuum, l. 1. §. Julian. 22. cum ſeqq. de agn. & al. lib. Cajus Sejus teſtamento uxorem ſuam hæredem inſtituit, l. Titia 34. §. 3. l. ult. de legat. 2.* In his enim locutionibus vox *ſuus* ad præcedentem perſonam refertur, ſcil. ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic uſus hujus vocis, quem pueri docentur in ſcholis, citato vulgato illo, *Rogat te Cæſar, ut ſuas partes ſequaris*. Ex eadem conſuetudine & more vulgari noſtri quoque loquuntur, cum utramque vocem *hæres* & *ſuus*, conjungunt, ſed ita, ut *ſuus* ſequatur: veluti in his; *Teſtator a Titio hærede ſuo centum legavit. Titia ita fideicommiſit hæredis ſui. Stipulatus eſt ſibi hæredique ſuo, ire agere licere, l. 2. §. ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere ſibi hæredique ſuo ſtipulatus ſit, l. ſtipulatio 38. §. ſed ſi 12. d. tit.* Quintil. *lib. 5. c. 16. Quem quis hæredem ſuum eſſe voluit, charum habuit.* Aut cum ex uſu juris peculiari loquuntur, verbum *ſuus* refertur ad eum ipſum, qui hæres eſt, &, quod diligenter obſervandum, tunc perpetuo id verbum præcedit. Ut in his, *Mulier ſuum hæredem paritura eſt, l. 31. §. 1. de acq. hær. Fœmina ſuum hæredem non habet, l. 4. §. 2. cont. tab. Spes eſt ſuum hæredem defuncto exiſtere l. pen. §. 1. unde legit. Filius patri ſuus hæres eſt, l. 45. §. 1. de neg. geſt. Mortuo filio nepos ex eo fit avo ſuus hæres. l. 13. de injuſt. rupt.* cum ſexcentis ſimilibus. Et igitur cum dico, *Mulier ſuum hæredem non habet*, intelligor loqui ex uſu juris peculiari: cum ajo, *Sempronia hæredem ſuum rogavit, ut partem hæreditatis reſtituat Titio*, ex uſu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domeſtici hæredes ſunt) Theoph. οἰκειακοί, eadem fere ſignificatione, qua domeſticum teſtimonium *§. in teſtib. 9. ſup. de teſt. ordin.* aut quaſi οἴκοθεν καὶ ἀφ᾽ ἑαυτῶν ἔχοντες τὸ κληρονομεῖν. Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, ſed dominati ſunt. Ita & Plin. *Panegyr. cap. 37. domeſticos* hæredes opponit *extraneis*, eoſque ait bona, non ut aliena & ſperanda, ſed ut ſua ſemperque poſſeſſa, capere.

Et vivo patre quodammodo domini) Sui hæredes ideo dicuntur, quia non alienam, ſed jam quodammodo ſuam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri quam

quam ſibimet ipſi hæredes ſunt: unde Græcis dicuntur αυτοκληρονομοι, quod eleganter ad Phœnicem ſuum Lactantius accommodat hoc verſu;

Ipſa ſibi proles, ſuus eſt pater, & ſuus hæres.

Atque hoc nomine non magis poſt mortem patris appellantur, quam eo adhuc vivo & ſuperſtite κατα προληψιν, & quod ſingulariter notandum, etiam vivo adhuc patre dicuntur deſinere ſui hæredes eſſe, puta ſi capite minuti fuerint, *l.*1. *§.*4. *l.*11. *de ſuis & legit. l.*13. *de injuſt. l.*29. *§.*12. *& ſeq. de lib. & poſt.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre jam quaſi quodammodo domini, patrique ſocii, participes & cohæredes ſunt, teſtimonio non ſolum noſtrorum, Pauli, *l.* 11. *de lib. & poſt.* Juſtiniani, *hoc text. & §.* 3. *inf. de hær. quæ ab int.* verum aliorum etiam ſcriptorum. Terent. *Heaut. act.*1. *ſc.*1. *Donec ſalvus redierit meus particeps.* Auſon. *Edyll.* 3.

Juſta quidem ſeries patri ſuccedere: verum
Eſſe ſimul dominos gratior ordo piis.

Unde paſſim in comœdiis ſervi filios dominorum, heros minores, νεωτερυς δεσποτας, vocant. Telemachi ſubulcus dicitur, qui erat Ulyſſis, *Odyſſ. ρ.* Servus Abrahami Iſaacum vocat dominum ſuum, *Geneſ.*24. *v.*65. Atque hinc eſt, quod patre mortuo non tam novam & alienam hæreditatem percipere exiſtimentur, quam pleniorem & liberiorem veterum bonorum adminiſtrationem, ſtatimque a morte parentis quaſi continuatur dominium, *d. l.* 11. *de lib. & poſt.* quo fit, ut ubi ſuus hæres eſt, nunquam jacere hæreditas dicatur; nimirum quia nullum inter defuncti mortem & exiſtentiam ſui hæredis intervallum eſt, *l.* 1. *§. qui ſunt.* 7. *ſi quis omiſſ. ca. teſt.* Ex eo item eſt, quod ſui hæredes ipſo jure hæredes exiſtant, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro hærede, *d. §.* 3. *inf. de hær. quæ ab int. l. in ſuis* 14. *de ſuis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l.* 3. *C. de jur. del.* tametſi ignorent patrem deceſſiſſe: ac proinde etiam furioſi ſint, aut alias voluntate careant, *d. §.*3. *l. furioſi* 63. *de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem, tanquam jam ſibi quæſitam, ad quoſcunque hæredes tranſmittant, *d. l.* 3. *C. de jur. delib.* Hinc denique eſt, quod cum extranei dicantur, *acquirere, adire, repudiare hæreditatem*, ſui dicuntur *hæredes exiſtere*, (quod Græci interpretantur αναφαινεσθαι) *retinere, immiſcere, abſtinere*: quaſi qui rebus jam olim ſuis, ut domini utantur, eaſve retineant aut derelinquant. Poſtremo ex his etiam liquet, cur ſui hæredes, ſi non inſtituantur, exhæredandi ſint, atque in his ſolis exhæredationem proprie dici, *l. quidam* 132. *verſ.* 1. *de verb. obl.* add. Hotom. 19. *obſ.* 10. VINN. Similia fere ſunt apud Oiſel. ad Caj. *Inſt. lib.* 11. *tit.* 3. *§.* 6. Sed incommodior tamen videtur ratio, filios eſſe hæredes vivo patre, quum viventis nulla ſit hæreditas. Hinc veroſimilius videtur, filios dici *ſuos* hæredes, quaſi proprios, & in patris poteſtate dominioque Quiritario conſtitutos. Ita Jan. a Coſta *ad pr. Inſt. h. t.* & V. C. Schulting. ad Caj. *l. c. p.*166. HEIN.

Si quis inteſtatus) De hac re agimus *inf. §.*2. *de hær. quæ ab int.* Diſerte autem ait *inteſtatus*: nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis teſtandi facultatem conceſſit; cujus vi legis patri licuit filium, quem in poteſtate habebat, exhæredare, aliumque ſibi hæredem facere. Sed & hoc ipſum, quod hic refert, ex jure civili eſt, & illo antiquo: quippe jure honorario poſtea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta eſt, perindeque hi liberi ad bonorum poſſeſſionem & vi ipſa ad hæreditatem a prætore admiſſi, ac ſi capite minuti non fuiſſent. *l.* 6. *§.* 1. *de bon. poſſ. §. emancipati* 9. *inf. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati, non minus quam ſui, etiam jure civili ab inteſtato ſuccedunt, *Nov.*118. *c.* 1. quanquam in modo acquirendæ hæreditatis diverſitas manſit: de quo alibi.

Neceſſarii ideo dicuntur, quia ſive velint, ſive nolint.) Neceſſitas hæc a jure patriæ poteſtatis eſt, *l.* 5. *de cond. & dem.* quæ ſimilis dominicæ fuit, ut oſtendimus *in §.* 2. *ſup. de pat. pot.* liberoſque hac in cauſa redigebat ad inſtar ſervorum: unde & commune iis cum ſervis hæredibus a dominis inſtitutis nomen neceſſariorum hæredum. *l.* 12. *de cond. inſt. l. neceſſariis* 57. *de acq. hær. & paſſim.* Licet autem ſuitati cohæreat neceſſitas; eſt tamen diverſa qualitas a ſuitate. Ex eo, quod quis ſuus eſt, ipſo jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo, quod neceſſarius, ea retinere cogitur, creditoribuſque paternis, velit, nolit, reſpondere, *d. l. neceſſariis*, quanquam hic etiam ſuum confert ſuitas. In ſuitate jus liberorum magis, in neceſſitate ſolius patris vertitur; cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario hærede facere voluntarium. *d. l.* 12. *de cond. inſt. l. jam dubitari* 86. *de hær. inſt.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi hæredem facere, ſed bene neceſſarium: & cum impuberi filio fratrem neceſſarium hæredem facit, ſuum tamen hæredem non facit, ut recte Govean. *ad l.* 2. *§.* 5. *n.*35. *& in l.* 10. *§.*1. *n.*2. *de vulg. & pup.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate) Cum quæſitæ hæreditatis hæc vis ſit, ut nos obliget æri alieno, licet ſolvendo non ſit, *l.*8. *de acq. hær.* ſuiſque hæredibus ipſo jure acquiratur hæreditas, conſequens quidem eſt, ut creditoribus hæreditariis reſpondere teneantur, quamvis bona paterna non ſufficiant, iiſque ſe bonis abſtinere parati ſint: humanitas tamen hic poſtulare videbatur, ut eo onere, qui id non ſponte ſuſcepiſſent, liberarentur. Verum tamen abeſt, ut jus civile iis ſubvenerit, ut eodem jure etiam neceſſitas iſta comparata ſit & annexa ſuitati. Et quid mirum ſi lex, quem occidere patri permittebat, eundem neceſſarium hæredem patri fecerit, aut permiſerit patrem ſibi facere? Ceterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data ſuis & neceſſariis hæredibus poteſtate abſtinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc conſequuntur, ut neceſſitate ſubeundorum onerum hæreditariorum non adſtringantur, *d. l. neceſſariis* 57. *de acq. hær.* Ex eo autem, quod prætor hic dicitur liberis neceſſariis hæredibus volentibus poteſtatem facere abſtinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, ſi velint derelinquere hæreditatem, *d. l. neceſſariis*, recte colligitur, prætorem ex neceſſariis vi ipſa feciſſe voluntarios, quanquam non extraneos: neceſſitatem tantum a prætore ſublatam, non ſuitatem: quippe cujus maxima pars

ad

ad utilitatem liberorum pertinet; quibus prodeſſe, non nocere, prætori propoſitum fuit. *l. 12. de vulg & pup.* Quamobrem etiamnum & ipſo jure & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, *§. 3. inf. de har. qua ab int. l. 2. de cond. furt. d. l. neceſſariis 57.* quamvis reſpectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent. *l. nam nec 89. de legat. 1.* Manebit igitur adhuc idem ſuitatis effectus, quem ſupra indicavi, ut ſi filius deceſſerit, cum vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut derelinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipſo jure ſibi jam quæſitam, ad hæredes quoslibet tranſmittat. Rectene dicatur, jus ſuitatis tolli per exhæredationem, aut vulgarem ſubſtitutionem, alibi diſputavimus. Clarius vero adhuc apparet, ſuitatem non eſſe ſublatam a prætore ex eo, quod etiam poſt abſtentionem nudum illud nomen hæredis non eſt ſine effectu: nam & ſola ſui hæredis exiſtentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus ſupra ſub *pr. de pup. ſubſt.* & libertates ſuſtinet, *l. cum quaſi 30. §. ſed etſi 10. de fid. lib.* quo loco diſerte pro ratione hoc affert Juriſconſultus, *quod non ſit ſine harede, qui ſuum haredem, licet ſe abſtinentem habet*: & operatur confirmationem fideicommiſſi, ut reſtituta hæreditate ex Senatuſconſulto Trebellian. tranſeant actiones, *l. ita tamen 27. §. 3. ad ſen. Treb.* Poſtremo inde eſt, quod hæreditas pupilli, quantumvis abſtinentis, poteſtate juris civilis cum hæreditate patris confuſa cenſetur, *l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* licet hoc caſu ſubſtitutus pupilli ſeparationem bonorum patris & filii petere poſſit ex ſententia Marcelli, probata ab Ulpiano *l. Julianus 42. de acq. har.*

Ut potius parentis, quam ipſorum bona) Species ignominiæ eſt, bona alicujus a creditoribus propter æs alienum poſſideri aut publice diſtrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum intereſt: atque ob eam cauſam placuit, non minus ignominiam iſtam, quam hæreditatem; ſervis relinqui poſſe: nec cauſam prætor habuit, cur ſervo neceſſario hæredi poteſtatem daret abſtinendi, *d. l. neceſſariis 57. §. ult. de acq. har.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum exiſtimavit, *l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* hoc eſt, ſatius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione ſunt, potius patris defuncti nomine, quam filii viventis, non ſentientis, quam ſentientis, ſe hac affici injuria, bona poſſideantur aut divendantur.

Textus.

De extraneis.

3. ***Ceteri, qui teſtatoris juri ſubjecti non ſunt, extranei haredes appellantur. Itaque liberi noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, haredes a nobis inſtituti, extranei haredes nobis videntur. Qua de cauſa & qui haredes a matre inſtituuntur, eodem numero ſunt: quia fœmina in poteſtate liberos non habent. Servus quoque hæres a domino inſtitutus & poſt factum teſtamentum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur.***

Notæ.

3. *Haredes a matre*) Sicut fœmina liberos in poteſtate non habet, ita nec ſuos hæredes habere poteſt, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Multo magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et ſic quidem ad diſcretionem ſuorum hæredum. Nam alias omnes legitimi & honorarii ſucceſſores ab extraneis recte ſecernuntur.

Eodem numero) Extraneorum videlicet; quoniam utrumque ex defuncti teſtamento conſecutus non eſt, libertatem ſcil. & hæreditatem. *§. 1. ſup. de har. inſt.*

Commentarius.

1. *Extranei haredes quotuplici ſenſu dicantur.*

Sequitur tertium genus hæredum, extranei: qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acquiritur, ut ſi velint, liceat ſuſcipere, *§. ult. inf. eod.* ſi nolint, non cogantur, *l. nec emere 16. de jur. del.* eaque appellatione commodius in diſtributione neceſſariis oppoſiti fuiſſent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei ſeu voluntarii hæredes, in liberis hominibus omnes, qui non ſunt ſui & domeſtici: ac proinde qui ad hæreditatem ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato vocati in poteſtate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex ſervis, qui utrumque ex domini teſtamento non conſequuntur, libertatem ſcil. & hæreditatem. *§. 1. ſup. de hared. inſt. & hoc text. in fin.*

Qui in poteſtate noſtra non ſunt) Liberos intelligit emancipatos, quos conſtat per emancipationem e familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam 55. §. 1. de rit. nupt.* Itaque ſive hæredes a patre inſtituti ſint, ſive ab inteſtato ad bonorum poſſeſſionem a prætore vocentur, non efficiuntur ipſo jure hæredes aut bonorum poſſeſſores; ſed ſua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum poſſeſſionem agnoſcendo. Sed & hodie, etſi jure civili quoque ab inteſtato ſuccedunt. *Nov. 118. c. 1.* Non aliter tamen, quam ſi voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi ſententia hic notat Weſemb. & ſuo tempore a nobis confirmabitur.

Qui haredes a matre inſtituuntur) Quemadmodum fœmina liberos in poteſtate non habet, ita nec ſuos hæredes habere poteſt, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud ſingulare eſt, quod frater impuberi fratri a patre ſubſtitutus neceſſarius fratri hæres ſit. Etenim patri conceſſum eſt, quos ſibi facit neceſſarios, eoſdem & filio facere, *l. 2. §. prius 4. in fin. l. 10. §. 1. de vulg. & pup. l. Jul. 42. de acqu. har.* Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probet Govean. *in d. l. 2. §. 4. & 5.* Omittendum vero hic non eſt, verbo extraneorum hæredum non ſemper intelligi omnes, qui 1 ſunt voluntarii, aut omnes deſignari, qui non ſunt ſui. Nam & filius emancipatus ab extraneis diſcerni-

nitur, *l. filiusfam.* 114. §. *ſed & ſi* 16. *de legat.* 1. *l. pen.* 69. §. *pen. & ult. de legat.* 2. atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. deſcript.* appellatione extraneorum ſignificantur ſoli, qui in numero deſcendentium non ſunt: & patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur *in l. libertus* 36. *de bon. lib.* Sane cum de jure ſuccedendi ab inteſtato quæritur, pro extraneis ſimpliciter habendi non ſunt, qui præteriti aut exhæredati, jure civili aut prætorio teſtamentum reſcindere poſſunt. Quo in genere ſunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioſo, & præteritis bonorum poſſeſſio contra tabulas datur, ac jure noviſſimo etiam ſucceſſio ab inteſtato una cum ſuis hæredibus defertur. Item liberi, qui nunquam in poteſtate fuerunt; qui & ipſi exhæredati matris aut avi materni teſtamentum inofficioſum dicere poſſunt. Quibus accedit, quod ex conſtitutione Theodoſii liberi omnes a parentibus inſtitui hæreditatem etiam non aditam, & ante apertas tabulas morientes, tranſmittant ad eos, qui ex ſe deſcendunt. *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam eſt ſuitatis: & ſui hoc amplius tantum habent, quod hæreditatem ignorantes tranſmittunt ad hæredes quoſvis. Sed neque parentes prorſus extranei hæredes habendi, cum & ipſis præteritis querela inofficioſi competat. Quin etiam omnes, qui ab inteſtato ſive a lege, ſive a prætore ad ſucceſſionem vocantur, ſuo ſenſu poſſunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab inteſtato venire non poſſunt: eoque ſenſu Cajus *lib. 2. tit. 3. in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu teſtatori junguntur: quamvis inſcite eo loco, ubi extraneos & ſuos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi poteſt, quid ſibi velit Baldus *in l. 9. col. 12. 3. opp. C. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, a ſuitate, a filiatione, & a cognatione.

TEXTUS.

De teſtamenti factione.

4. *In extraneis hæredibus illud obſervatur, ut ſit cum eis teſtamenti factio, ſive hæredes ipſi inſtituantur, ſive ii, qui in poteſtate eorum ſunt. Et id duobus temporibus inſpicitur: teſtamenti quidem facti tempore, ut conſtiterit inſtitutio: mortis vero teſtatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hæreditatem, eſſe debet cum eo teſtamenti factio, ſive pure ſive ſub conditione hæres inſtitutus ſit. Nam jus hæredis eo maxime tempore inſpiciendum eſt, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum teſtamentum, & mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inſpici debent. Teſtamenti autem factionem non ſolum is habere videtur, qui teſtamentum facere poteſt: ſed etiam qui ex alieno teſtamento vel ipſe capere poteſt, vel alii acquirere, licet non poſſit facere teſtamentum. Et ideo furioſus, & mutus, & poſtumus, & infans, & filiusfamilias, & ſervus alienus, teſtamenti factionem habere dicuntur. Licet enim teſtamentum facere non poſſint: attamen ex teſtamento vel ſibi vel alii acquirere poſſunt.*

NOTÆ.

4. *In extraneis*) Ex Florent. *l.* 49. §. 1. *de hær. inſt.* Ait *in extraneis*, quia in ſuis hæredibus vix eſt, ut locus ſit quæſtioni de capacitate.

Qui in poteſtate eorum) Ratio eſt, quoniam inſtitutio ſervorum, qui per ſe ſunt incapaces, ſuſtinetur ex perſona domini, quo cum teſtamenti factio eſt, *l.* 31. *d. tit.*

Ut effectum habet) Id eſt, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, ſi quis ſit mortis tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eam adeundo poſſit conſequi, *l.* 52. *de leg.* 2.

Et cum adit hæreditatem) Ita & Florente *d. l.* 49. §. 1. Ceterum non ſufficit hoc tempore capacem eſſe, ſi qua mutatio juris hæredi contigerit poſt mortem teſtatoris aut conditionis eventum.

COMMENTARIUS.

1. *In ſucceſſione ab inteſtato de capacitate hæredum diverſis temporibus ſpectanda quæri non poſſe; de qualitate poſſe.*
2. *Quid in ſucceſſione ex teſtamento circa ſuos hæredes.*
3. *Notatur & refellitur inſignis error Weſembecii.*
4. *Cum de capacitate inſpicienda quæritur, nihil intereſſe, domini an eorum ſervi inſtituti ſint.*
5. *Non ſatis ſubtiliter tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate hæredis conſtitui terminum diſtinctum a tempore mortis.*
6. *Probatur invictis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura inſtitutione tertium, neque in conditionali quartum terminum conſtituere.*
7. *In pura inſtitutione ut duo ſunt extrema, ita unum tantum eſſe medium tempus, quod non noceat; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.*

EXpoſitis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoſcendi cauſa differentiæ iſtæ præcipuæ traditæ fuerunt, videlicet ad ipſam hæreditatis jure delatæ acquiſitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox oſtendemus diſputatio propoſita inepta eſt) ad acquirendam hæreditatem neceſſario requiritur, ut ſint hæreditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inſpicienda ſit, ut hæreditatem ſibi delatam obtinere poſſint. Qua de re ut habeamus, quod certo ſtatuere liceat, primum diſtinguendum eſt inter ſucceſſionem ab inteſtato & ſucceſſionem ex teſtamento: deinde inter qualitatem hæredis & ejuſdem capacitatem. In ſucceſſione ab inteſtato de capacitate 1
hæredum diverſis temporibus ſpectanda diſputari non

non poteſt; cum nemo ad ſucceſſionem ab inteſtato vocetur, qui non ſit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri poteſt, puta quo tempore ſpectandum, an quis ſuus ſit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inſpici tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumque quidem idem eſt cum tempore mortis, ſed tamen non ſemper, §. *cum autem.* 7. *inſ. de hæred. quæ ab int.* §. *proximus* 6. *inſ. de leg. agnat. ſucc.* quibus locis
2 diligenter hoc a nobis exponitur. In ſucceſſione ex teſtamento in ſuis hæredibus vix eſt, ut locus ſit quæſtioni de capacitate, cum non poſſit non eſſe cum ſuo hærede teſtamenti factio. Ceterum quod ad qualitatem, hoc eſt, ſuitatem pertinet, quæri poteſt, utrum neceſſe ſit eos utroque tempore ſuos eſſe & teſtamenti facti & mortis teſtatoris; an ſatis ſit, tales fuiſſe ſaltem altero, id eſt, tempore mortis. Sed verius eſt, ſufficere, tales eſſe tempore mortis, etſi tempore teſtamenti non fuerint, *per l. ſi quis* 18. *de in juſt. rupt. l. filio.* 23. §. 1. *de lib. & poſth.* ut tamen & teſtamenti tempore capaces fuerint, omnino neceſſe eſt; alioqui
3 Catoniana regula impedietur inſtitutio. Notandus autem hic eſt inſignis error Weſembecii, qui ſcribit, non fuiſſe neceſſe, ut de ſuis & neceſſariis eadem moneremur, propterea quod ex perſona teſtatoris teſtamenti factionem habeant. Quis enim unquam fando audivit, quenquam habere teſtamenti factionem ex perſona teſtatoris? cum ſervo teſtamenti factio eſt ex perſona domini, & ſuſtinetur ſervi alieni inſtitutio, ſi cum domino teſtamenti factio eſt, quaſi ipſe dominus mediate per ſervum inſtitutus eſſet, *l. non minus.* 31. *de hæred. inſt. l.* 10. §. 1. *de acq. rer. dom.* Sed hoc ad ſervum neceſſarium hæredem qui applicari poteſt? aut qui poteſt domini perſona accomodari ſervo, ubi idem dominus eſt & teſtator? Sed valet hic inſtitutio ex perſona ipſius hæredis, quatenus conſideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore teſtamento deferri incipit hæreditas. Dicere vero, filiumfam. hæredem inſtitutum aliunde perſonam mutuari, ſive ab extero hæres inſtitutus ſit, ſive a patre, intolerabile eſt. Ut ad rem redeam, tota fere quæſtio de inſpicienda diverſis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eoſque teſtamento inſtitutos, pertinet; quemadmodum etiam hic de extraneis hæredibus propoſita eſt ex Florentino *l. ſi alienum.* 49. §. 1. *de hæred. inſt.* Quam recte dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic obſerventur, tempus facti teſtamenti, mortis teſtatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progreſſu liquebit.

Sive ii qui in poteſtate eorum ſunt) Cum extranei hæredes alias capaces ſint, alias incapaces, & eorum, qui ſunt capaces, non minus ſervi, quam illi ipſi, hæredes inſtitui poſſint? quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum ſpectatur, cum ipſi hæredes inſtituti ſunt, iiſdem etiam eadem ſpectetur,
4 cum inſtituti ſunt eorum ſervi. Ait autem Imp. hic poſt Florentin. *d. l. ſi alienum.* 49. §. 1. nihil in propoſito intereſſe, utrum ipſi domini hæredes inſtituti ſint, an ſervi eorum. Et recte: nam cum ſervorum, qui ipſi per ſe incapaces ſunt, inſtitutio ſuſtineatur ex perſona domini, quocum teſtamenti factio eſt, *l. non minus.* 31. *de hær. inſt. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. conſequens omnino eſt, teſtamenti factionem iiſdem temporibus cum domino eſſe oportere, ſervo ejus hærede inſtituto, quibus oporteret, ſi ipſe hæres inſtitutus eſſet: proinde & facti teſtamenti tempore & mortis teſtatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens *l. ſi ſervus.* 82. *de acq. hær.* Ait enim, ſervum ejus, qui capere non poteſt, & hæredem inſtitui poſſe, & eum ipſum, ſi, antequam juſſu Domini adeat, manumiſſus ſit, ad hæreditatem admitti. Verum ut totus iſte locus & loci inſcriptio oſtendunt, non loquitur Clemens de ſervo ejus, qui omnino non eſt capax, aut cum quo ſimpliciter non eſt teſtamenti factio, qualis eſt peregrinus aut deportatus: (nam & hunc nihil prohibet ſervum habere, *l.* 7. *de legat.* 3.) ſed de ſervo ejus, cum quo quidem ut cive Romano teſtamenti factio eſt; ſed qui capere non poteſt ex ejus teſtamento, qui ſervum inſtituiſſe proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorumdam teſtamentis aut nihil aut partem tantum capere poterant, ut cælibes, orbi, vid. *ſup. pr. de hær. inſt.* aliter reſpondet Cujac. *ad d. l. ſi alienum.* 49. §. 1. *de hær. inſt.*

Duobus temporibus, teſtamenti facti, & mortis teſtatoris) Mox tamen adjicit & tertium tempus, ſcilicet quo adeunda hæreditas: uti & Juriſconſultus *d. l. ſi alienum.* §. 1. De duobus temporibus, teſtamenti & mortis teſtatoris, res expetita eſt. Nam teſtamenti tempus ideo neceſſario inſpiciendum eſt, ut conſiſtat inſtitutio, nimirum propter regulam Catonianam, quæ initium ſpectari vult, nec patitur, inſtitutionem, quæ ab initio non valuit, ex poſtfacto convaleſcere, *tot. tit. de reg. Caton.* Mortis vero ideo, ut effectum habeat inſtitutio, hoc eſt, ut dies ejus utiliter cedat. Quod fit, si quis sit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quippe eam adeundo ſibi acquirere poſſit, *l. non oportet.* 52. *de legat.* 2. Quod vero duobus 5
iſtis temporibus Imp. & Juriſconſultus *d. l. ſi alienum.* §. 1. tertium adjungunt, tempus ſcilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minus, quam ſuperioribus, atque ut diſtincto a tempore mortis, capacitatem hæredis inſpiciendam ajunt, idque ſive pure, ſive ſub conditione inſtitutus ſit, ſatiſne ſubtiliter aut conſiderate ab iis dicatur, merito dubitaveris. Mihi enim, ut dicam, quod ſentio, Juriſconſultus, cujus verba deſcripſit Tribonianus, non ſatis caute eo loco locutus videtur: neque id temere a me dictum mox fatebere.

Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. ſive pure, ſive ſub conditione inſtitutus ſit) Ita quoque Juriſconſultus in *d. l. alienum.* §. 1. nimirum ergo Imp. & Juriſconſultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, teſtamenti ſc. & mortis teſtatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis ſpectari, ſive pure, ſive ſub conditione inſtituti. Mihi vero 6
hoc inconſideratius dictum videtur, & ſive pura ſit inſtitutio, ſive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate hæredis non bene conſtitui terminum diſtinctum a tempore mortis aut conditionis exiſtentis. Primum enim ubi pura inſtitutio eſt, nego plura tempora in propoſito ſpectari, quam duo illa, teſtamenti facti & mortis teſtatoris: tempus autem adeundæ hæreditatis a tempore mortis ajo diſtingui non oportere. Quod ſic demonſtro:

Hæres pure inſtitutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, fruſtra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cum qui capax non eſt tempore mortis, & ſi poſtea capax fiat, hæreditatem acquirere non poſſit: quod ipſum etiam hoc loco *& d.l. ſi alienum.* 49. §. 1. aperte ſignificatur, cum ad hoc ut effectum habeat inſtitutio, requiritur ut inſtitutus capax ſit tempore mortis: neque ratio juris aliud patitur, ſecundum quam conſtat, tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres.* 54. *de acq. hær. l. omnia.* 193. *de reg. jur.* Si eſt capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, poſt aliquanto in priſtinam cauſam reſtitutus ſit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tanquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; ceterum non haberi, ac ne ſic quidem hæreditatem inſtituto acquiri poſſe, ex eo evincitur, quod in pura inſtitutione unum tantum tempus intermedium eſt, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus ſcilicet, quod intercedit inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris: ex quo porro hoc ſequitur, in pura inſtitutione duo tantum eſſe extrema, quæ circa capacitatem hæredis conſiderentur, tempus teſtamenti conditi, & mortis teſtatoris. Per hunc *text. verſ. medio autem. & d. l. ſi alienum.* §. 1. *verſ. eod.* Denique certum eſt, non tantum mortuo hærede inſtituto, ſed etiam eo deportato aut ſervo facto ante aditam hæreditatem, ſtatim locum fieri ſubſtitutis aut hæredibus ab inteſtato *l. Gallus.* 29. §. *& quid.* 5. *de lib. & poſt. l.* 3 §. 1. *de his quæ pro non ſcript.* Sed nec in conditionali inſtitutione recte dicitur, circa capacitatem hæredis inſpici tempus aditionis: ſed præter duo priora inſpicitur etiam tempus exiſtentis conditionis, ita ut tria quidem hic ſint extrema, ſed præter tempus teſtamenti & mortis, tum inſpicitur exiſtentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis: alioqui enim dicendum foret, quod inauditum eſt, in conditionali inſtitutione quatuor tempora diſtincte conſideranda eſſe, teſtamenti, mortis, conditionis exiſtentis, & quo aditur hæreditas: ſiquidem conditio exiſtens hæredem ſcriptum jure hæredem non facit; ſed tantum inſtitutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus ſit aditione. Quid quod nec Imperator ipſe aut Juriſconſultus *dict. loc.* plura tempora in conditionali inſtitutione agnoſcunt, quam tria iſta, quæ diximus? ajunt enim, medio tempore inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod ſi tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo ſpectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem exiſtentem, & aditionem hæreditatis, mutationem juris hæredi non obeſſe. Effectum igitur eſt tempus aditionis hæreditatis neque in pura inſtitutione conſtituere terminum tertium, neque in conditionali quartum: ac proinde parum conſiderate tempus illud hoc loco confertur cum prioribus. Et omnino exiſtimo, eo, quod hic traditur de inſpicienda capacitatem hæredis etiam quo tempore de adeunda hæreditate agitur, nihil aliud ſignificari, quam eum, qui iſto tempore capax non eſt, licet ceteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non poſſe: & quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria ſint, incapacem eſſe, & poſſe acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum ſenſum eſſe patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoſcitur, utpote quo capacem eſſe hæredi nihil proſit, ſi aliquando aut poſt mortem teſtatoris aut poſt conditionis exiſtentiam incapax fuerit.

Medio tempore inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, vel conditionem) Hic expreſſa habemus tempora omnia, & quæ conſiderantur ut extrema, & quæ inſuper habentur ut intermedia. In pura inſtitutione extrema duo ſunt, teſtamenti & mortis teſtatoris; medium unum, quod inter duo iſta interjectum eſt. In inſtitutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit exiſtentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippe ſecundum medium in ea eſt, quod intercedit inter mortem teſtatoris & conditionem inſtitutionis exiſtentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ ſequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inſpici debent*, eadem, qua ſupra, inconſiderantia prolata eſſe, & vel non attento tempore conditionis exiſtentis, vel duobus temporibus, mortis & exiſtentis conditionis, pro uno computatis; forte quod poſterius retrotrahitur & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo. Faber contendit, in conditionali inſtitutione non eſſe neceſſe, ut hæres capax ſit tempore mortis teſtatoris. Nam ſi tempore teſtamenti facti id exigitur, fortiore ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte teſtamentum confirmatur, magis principale habendum eſt: & jam dictum eſt, tempus conditionis exiſtentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis; atqui hoc fieri non poteſt, ſi tempore mortis cum hærede non fuerit teſtamenti factio. Itaque nullius momenti eſt argumentum Fabri, quod tantum facit in conditionali inſtitutione tempus exiſtentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etſi ex conditionali inſtitutione non defertur hæreditas tempore mortis, ſed demum exiſtente conditione; quam ob cauſam etiam in capacitate hæredis inſpicienda illius temporis ratio habetur: nihilominus tamen & tempus mortis in eodem negotio ſpectandum eſt: quia exiſtente conditione ad id tempus ſtatim recurritur, & perinde habetur, ac ſi pure inſtitutio facta eſſet: nec vero ob aliam cauſam inſtitutio conditionalis ſuſtinetur, quam quod conditione quandoque exiſtente eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur, ac ſi pure hæreditas relicta ſit. De quo ex profeſſo *ſup.* §. *hæres.* 9. *de hær. inſt.* Sed & aperte ſatis hoc ipſum ſignificat Juſtinianus, cum ait, tria tempora inſpici debere: hoc enim tam de conditionali, quam pura inſtitutione dici palam eſt. At ex tribus iſtis temporibus unum eſt tempus mortis: refert enim ſe ad tria illa, quæ antea enumeraverat: ut vero extrema habilia ſint neceſſe eſt. Hæc pleriſque aut ignota, aut intacta, ut Viglio, Mynſ. Hotom. Weſemb. &c.

In alieno teſtamento capere) Teſtamenti factione duplex jus continetur, faciendi teſtamentum, & ex teſtamento capiendi. Hinc vulgo DD. teſtamenti factionem dividunt in activam & paſſivam. Quamvis enim proprie is ſolus teſtamenti factionem habere dicatur, cui teſtamenti faciendi jus eſt: videmus tamen, noſtros aliquando pinguius ita loqui, ut eos quoque dicant teſtamenti factionem habere, qui tantum capere ex teſtamento poſſunt, *l. filiusfam. 16. qui teſt. fac. l. ult. pro hæred.* cum quibus eſſe teſtamenti factio rectius dicitur & uſitatius, ut alibi oſtendimus.

Furioſus) Marcellus *d. l. filiusfam.* 16. §. 1. *qui teſt. fac.* ſcribit, furioſum ideo teſtamenti factionem habere, quia poteſt ſibi acquirere legatum vel fideicommiſſum. Non addit, hæreditatem: quoniam eam hæres ſcriptus, donec reſipiſcat, nec ſibi nec alii acquirere poteſt, extra quam ſi patri neceſſarius hæres exiſtat, *l. furioſus. 63. de acq. hær.* Plane curator furioſi bonorum poſſeſſionem ejus nomine agnoſcere poteſt, *l. ult. §. ſi autem. 3. C. de cur. fur. l. 1. de bon. poſſeſſ. fur. infant. &c.*

TEXTUS.

De jure liberandi, & de beneficio inventarii.

5. *Extraneis autem heredibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed ſive is, cui abſtinendi poteſtas eſt, immiſcuerit ſe bonis hereditatis; ſive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, poſtea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, niſi minor ſit 25. annis. Nam hujuſmodi ætatis hominibus, ſicut in ceteris omnibus cauſis, deceptis, ita & ſi temere damnoſam hereditatem ſuſceperint, prætor ſuccurrit. Sciendum eſt tamen, divum Hadrianum etiam majori 25. annis veniam dediſſe, cum poſt aditam hereditatem grande æs alienum, quod adita hereditatis tempore latebat, emerſiſſet. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam, ſpeciali beneficio præſtitit. Divus autem Gordianus poſtea militibus tantummodo hoc conceſſit. Sed noſtra benevolentia commune omnibus ſubjectis imperio noſtro hoc beneficium præſtitit: & conſtitutionem tam æquiſſimam, quam nobiliſſimam ſcripſit, cujus tenorem ſi obſervaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac cauſa neque deliberationis auxilium ſit eis neceſſarium, niſi omiſſa obſervatione noſtræ conſtitutionis & deliberandum exiſtimaverint, & ſeſe veteri gravamini aditionis ſupponere maluerint.*

NOTÆ.

5. *Extraneis heredibus*) Ex Florent. *l. 49. §. 1. de her. inſt.* Ait *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria eſt. Ceterum poſtquam ſuis hæredibus a prætore conceſſa facultas abſtinendi, etiam deliberandi eis data, *l. 8. & ſeq. de jur. del. l. 19. C. eod.*

Deliberandi poteſtas) Si creditores, legatarii, &c. non urgeant, poteſt hæres, vel intra 30. annos adire: ſi inſtent, aut ſtatim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere. *l. 9. C. eod.* ut interim inſtrumenta hæreditaria & rationes defuncti inſpiciat, *l. 5. D. eod. l. 28. de acq. hær.* a Principe annus conceditur, a judicibus novem menſes, *l. ult. §. 13. C. d. t.* olim id fuit arbitrarium, *l. 1. §. 2. D. eod.*

Immiſcuerit ſe) Sui non dicuntur adire prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis ſolis conveniunt, quibus hæreditas tantum oblata eſt, ſed immiſcere, aut abſtinere, quæ proprie dicuntur de rebus partis & jam noſtris, *l. 14. §. 1. de relig. l. 11. l. 57. l. 71. §. 1. l. 87. de acq. hær.* quanquam interdum hæc accuratio negligitur, *l. 7. §. 10. de minor. l. 6. C. de leg. hær.*

Niſi minor 25. annis) *l. 7. §. 5. de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconſultam hujus ætatis facilitatem.

Damnoſam hæreditatem) Et ex contrario, ſi lucroſam temere repudiaverint, *l. 2. C. ſi ut om. hær.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredem tam in onera, quam in commoda hæreditaria ſuccedere.*
2. *Jus deliberandi quorum cauſa & cujus rei gratia comparatum; quis ejus effectus, & quid hic de ſuo contulerit Juſtinianus.*
3. *Etiam ſuis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem eſſe.*
4. *Poſt aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non poſſe, niſi a minore 25. annis per reſtitutionem in integrum.*
5. *Majoribus ex clauſula generali vix eſſe ut hic ſuccurratur.*
6. *Beneficium inventarii.*
7. *Quæ neglecti hujus beneficii pœna.*
8. *Jus hodiernum circa adeundam ſub beneficio inventarii hæreditatem.*

HÆres ſuſcepta hæreditate in jus & locum defuncti ſuccedit, eumque in omnibus, quæ perſonæ non cohærent, repræſentat, *l. hæres. 37. de acq. hær. l. nihil. 24. de verb. ſign. l. hæreditas. 62. de reg. jur.* junct. *l. 8. §. 3. de lib. leg.* Hoc autem cum dicimus, 1
intelligimus, hæredem ſuccedere non tantum in jus quod defunctus habuit adverſus alios; verum etiam in id jus quo defunctus aliis tenebatur: in ſumma, hæredem tam onerum & incommodorum ſucceſſorem eſſe, quam commodorum hæreditariorum: ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine a creditoribus hæreditariis conveniri

poſſe, conventum iis reſpondere, eorumque actio-
nes, quæ ex contractibus defuncti deſcendunt, ſuſ-
cipere cogi, etiamſi hæreditas ſolvendo non ſit, *l.
8. de acq. har. l. 2. C. de har. vel act. vend. l. ult. C. de har.
act. §. 1. inſ. de perp. & temp. act.* Quæ cum ita ſint,
periculoſum ſane atque anceps eſt, hæreditatem aut
adire ſtatim aut ſtatim repudiare; illud, ob pericu-
lum æris alieni, quod initio latere poteſt: hoc, ne
temere repudiando lucroſam hæreditatem amittamus.
Ceterum adverſus hujuſmodi periculum duo remedia
hæredibus cunctantibus comparata ſunt, ſive ex te-
ſtamento ſive ab inteſtato ad hæreditatem vocatis;
ac propoſita non extraneis tantum de adeundo aut
repudiando, ſed etiam ſuis hæredibus de immiſcendo
aut abſtinendo cogitantibus. Unum vetus eſt, jus
deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum,
a Juſtiniano primum introductum, beneficium ſcili-
2 cet inventarii, quod indicatur verſ. *Sed noſtra.* Quod
attinet ad jus deliberandi, ſciendum eſt, id non tan-
tum hæredis gratia comparatum eſſe, ſed eorum quo-
que, quorum intereſt, hæreditatem ſtatim aut adiri
aut repudiari, puta creditorum, ſubſtitutorum, eo-
rumve, qui ab inteſtato venire poſſunt. Quin etiam
hoc remedio, ſi nemo iſtorum ſit, qui urgeat, non
admodum hæredi opus eſt: quippe cui liberum, tam-
diu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recu-
ſaverit, *l. 9. C. de jur. del.* neque enim tempus ullum
adeundæ hæreditati legibus præſtitutum eſt; & ſi ali-
quo tempore, ſolum longiſſimo, id eſt, præſcriptio-
ne 30. annorum, jus hæredis excluditur. DD. comm.
per l. 3. C. de praſcr. 30. ann. Jaſon. *in l. 8. C. de jur. del.*
Coraſ. VI. *miſc.* 21. Cæterum ſi ſint, qui urgeant, hic
prædictum remedium hæredi neceſſarium eſt, niſi
paratus ſit ſtatim aut hæreditatem ſuſcipere, aut poſ-
ſeſſionem bonorum pati, aut aliorum ſucceſſionem,
l. ſi quis. 23. §. 2. de har. inſt. l. quamdiu. 69. de acq. har.
Hæc enim tunc ei optio datur; ut aut ſtatim reſpon-
deat, hæres, necne, eſſe velit, aut tempus ad de-
liberandum petat; *l. 9. C. de jur. del.* Tempus hoc olim
poſitum erat in poteſtate jus dicentis, qui pro arbitrio
ſuo deliberationem petenti diem præſtituebat, *l. 1. in
fin. d. tit.* non utique ut ex libidine ſua id faceret, ſed
ut pro prudentia ſua ſtatueret tempus moderatum, *d.
l. 9. C. eod.* quantum ſcilicet ſufficere videretur ad co-
gnoſcendas facultates defuncti; nec pauciores daret,
quam centum dies, *l. 2. eod. tit.* Juſtinianus ſummum
tempus, ſi a Principe deliberatio petatur, annum eſſe
voluit; ſi a judicibus, novem menſes, *l. ultim. §. &
ſiquidem. 13. C. eodem.* Impetrato tempore ad delibe-
randum, licet hæredi interea explorare vires patrimo-
nii defuncti, petere, ut rationum defuncti & inſtru-
mentorum hæreditariorum inſpiciendorum ſibi copia
fiat; ut inſtruere ſe poſſit, atque apud ſe conſtituere,
expediat, nec ne, agnoſcere hæreditatem. *l. 5. eod.
l. Ariſto. 28. de acquir. hared.* Quod ſi intra diem præ-
ſtitutum hæreditatem non agnoverit, reſpectu ſubſti-
tuti aut hæredis legitimi, hæreditas pro repudiata ha-
betur, *l. quamdiu. 69. de acq. har.* Creditoribus autem
obligatur perinde ac ſi adiiſſet, *d. l. ult. §. pen. C. de jur.
del.* nimirum prout utile ei eſt, ad cujus inſtantiam
tempus eſt præfixum, ita ſilentium deliberantis pro
aditione aut repudiatione haberi debuit. A Juſtinia-
no hoc etiam hæredibus tributum, ut intra annum, ex
quo hæreditatem ſibi delatam eſſe cognoverint, dece-
dentes, eum ipſi eam nec adiiſſent nec repudiaſſent,
jus deliberandi atque adeundi intra tempus, quod ex
eo anno reliquum eſt, in quoſvis hæredes tranſmit-
tant, *l. cum in antiquioribus. 19. C. d. tit.* eoque jure
etiam nunc utimur. Grot. *lib. II. manuduct. c. 22.*

Extraneis hæredibus) Jus deliberandi de adeunda vel
repudianda hæreditate, extraneorum & voluntario-
rum hæredum proprium eſt. Nam in ſuis hæredibus,
ſi jus civile ſpectamus, quo etiam ſunt neceſſarii, locus
eſſe deliberationi non poteſt: quippe cum ſine ullo
ſuo facto, ipſo jure ſtatim hæredes exiſtant, nec pote-
ſtatem habeant hæreditatem ita quæſitam derelinquen-
di. Ceterum poſtquam prætor ſuos ad inſtar volunta- 3
riorum redegit, dato beneficio abſtinendi, conſequens
fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extra-
neorum hæredum voluntariorum, ut quemadmodum
extraneis jus eſt deliberandi, utrum adeant, an repu-
dient, ita ſuis deliberandi juſſit, utrum immiſcere ſe pa-
ternæ hæreditati, an ea abſtinere, conſultius putent, *l.
8. & l. ſeq. de jur. delib. l. cum in antiquioribus. 19. C. eod.*

*Poſtea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, ni-
ſi minor ſit*) Tempus deliberandi ab hærede prius peten-
dum eſt, quam hæreditatem adeat, aut ſe immiſceat.
Regula enim juris eſt, Neminem poſſe hæreditatem ſe-
mel ſibi quæſitam, ſive per aditionem ſive per im-
mixtionem, relinquere aut repudiare, *l. 4. C. de repud.
har. l. 10. C. de jur. delib.* Neque prætor cuiquam poſt 4
aditionem aut immixtionem ſubvenit per in integrum
reſtitutionem, niſi minor ſit 25. annis, qui temere &
inconſulta facilitate lapſus damnoſam hæreditatem ad-
iiſſe aut appetiiſſe proponatur: quippe cujus ætatis ho-
minibus prætor ex generali edicto, quod eſt de mino-
ribus, ſuccurrit, ut etiam poſt agnitam hæreditatem
ſe poſſint abſtinere. *l. 7. §. ſed & ſi. 5. de minorib. l. ne-
ceſſariis. 57. §. 1. de acq. har.* quemadmodum ex con-
trario quoque ſi quis juvenili levitate ductus omi-
ſerit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum poſ-
ſeſſionem, aliquando a prætore reſtituitur, ut ean-
dem agnoſcere liceat, videlicet ſi omnia ſint in in-
tegro, *l. quod ſi minor. 24. §. 2. de minorib. l. 1. & 2.
C. ſi ut omiſſ. har.* Liberis impuberibus hoc amplius
conceſſum, ut omnimodo ſe abſtinere poſſint, id
eſt, nec adito prætore, ſive ſe immiſcuerint ſive non
immiſcuerint, *l. 11. d. l. neceſſariis. de acq. har.*

Veniam dediſſe) Quod jus cum ſingulare fuerit, uni
ex ſingulari gratia a Principe conceſſum, ut mox ſequi-
tur, ad conſequentias produci non debuit. Et ideo exi- 5
ſtimo, contra quam Weſemb. & Bachov. nec præto-
rem in propoſito majoribus 25. annis ſubvenire ſoli-
tum ex clauſula generali edicti, *Item ſi qua alia mihi
juſta cauſa eſſe videbitur*. Merito namque his objicie-
tur, quod cum poſſent, ſpatium ad deliberandum
non petierint. Aut enim contempſerunt beneficium
juris, & indigni ſunt auxilio; aut ſtulte omiſerunt,
id eſt, in jure errantes, quibus ſuccurri non ſolere
conſtat. *l. pen. in pr. & §. ult. de jur. & fact. ign.* Plane
ſi nihil ſit, quod hæredi imputari queat, non nega-
verim, cauſa cognita audiendum: veluti ſi emerſe-
rit poſtea æs alienum, quod toto tempore delibera-
tionis latuerat, nec ſciri ab hærede, quamvis omnia
dili-

diligenter explorante, potuit, *per d. l. 8. de jur. del.* Neque enim ſimplex facti ignorantia cuiquam nocere debet.

Gordianus poſtea militibus) De jure, quod Gordianus militibus conceſſiſſe dicitur, ſic ſcribit Juſtinianus *l. ult. C. de jur. delib. Sed & veterem conſtitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem ſcripſit, de militibus, qui per ignorantiam hareditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hareditate defuncti invenerint: ipſorum autem bona a creditoribus hareditariis non inquietentur.* Et hoc jus conſtitutionemque Gordiani poſtea §. *ult ejuſd. l.* confirmat, hoc addito, propterea a ſe introductum, ut etſi milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen ſumma teneantur, quam in hæreditate invenerint.

Sed noſtra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, &c.) Poterat tam paucis verbis, quam quibus benevolentiam ſuam commendat, ipſum beneficium explicare. Eſt autem illud, quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto ſolemni rerum hæreditariarum inventario hæres hoc be-
6 neficium conſequitur. Summa fere conſtitutionis Juſtiniani, quæ extat in *l. ult. C. de jur. del.* hæc eſt, ut hæres intra 90. dies, ex quo ſibi delatam eſſe hæreditatem ſciet, ſi res propinquæ ſint: intra annum, ſi longius abſint, inventarium rerum omnium hæreditariarum, præſentibus tabulariis, ac teſtibus non minus tribus, ceteriſque, qui ad hujuſmodi confectionem neceſſarii ſunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus, *Nov. 1. cap. 2.* conficiat, ipſe ſua manu id ſubſcribat, aut a tabulario teſtibus præſentibus ſubſcribendum curet. Quo ita legitime confecto conſequitur beneficio Juſtiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur; neve actiones, quas ipſe contra defunctum habuit, aditione confundantur; ſed ut poſſit non minus quod ſibi debebatur, retinere, quam creditores extranei ſuum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, *l. 8. de acq. hær. l. ſicut 75. de ſolut. l. 7. C. de pact.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium recte hæredi fideicommiſſario cedi, ceſſumque ei prodeſſe; aut ſi hæres non fecerit, ipſum ſibi fideicommiſſarium recte facere, poſt Bart. in *l. qua ratione 11. §. quod vulgo 5. num. 9. & 10. ad leg. Falc.* tradit Jaſ. *in add. ad Porc. §. ſed quia 7. inf. de fideic. hær.*

Niſi omiſſa obſervatione noſtra conſt. deliberandum exiſtimaverint) Etſi Juſtiniano viſum eſt, poſt introductum a ſe beneficium inventarii antiquum jus deliberandi penitus eſſe ſupervacuum; tamen ut ipſe teſtatur, motus plerorumque ſupplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult.*
7 *§. & hac quidem 13. C. de jur. del.* Et vero cur relinqueret, magna cauſa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod neceſſe eſt detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, ſi liceat, minime volunt. Deliberationem autem ita admiſit, ut eam petentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera impoſuerit, tanquam pœnam contempti beneficii ſui: primum ut creditoribus in ſolidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni ſubtilitate, ut ipſe loquitur fecerint: alterum, ut ſi non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. ult. §. pen.* Noviſſime hoc inſuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens ſolida legata præſtet, etſi vires patrimonii excedant. *Nov. 1. cap. 2.* Plura ad inventarium pertinentia qui noſſe deſiderat, adeat DD. *in d. l. ult.* Clar. §. *teſtamentum quæſt. 46.* Graſſ.
lib. 11. art. inventarium per tot. Apud Burgundio- 8
nes, & in univerſa Gallia, item in hiſce regionibus, invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum officio inventarii pro ſpeciali gratia habeatur, ac propterea id a Principe impetrandum ſit, aut a Curiis ultimæ juriſdictionis, quemadmodum apud nos, *art. cur. ſup.* 23. Impetrato autem beneficio, tenetur hæres per apparitorem alioſve ad hoc publice conſtitutos, præſentibus duobus teſtibus, intra dies 40. inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere; dein curare, ut res mobiles æſtimentur: ac tum demum, præſtita cautione reddendarum rationum; poſſeſſio adminiſtratioque bonorum ei permittitur, uti cautum uberius conſtitutione Caroli Quinti, edita anno 1544. Sande *lib. IV. tit. 12. defin. 1.* Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, ſi non alius de cognatione defuncti pure & ſimpliciter omiſſoque beneficio hæreditatem adire paratus ſit: quod & diplomati ſive mandato inſeri ſolet. Hoc autem proculdubio inſtitutum eſt, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo, qui ſimpliciter adit, ſolidum conſequantur; partim ut honori defuncti conſulatur: qui ſi nemo ſine cautione inventarii bona ejus ſuſcipere velit, vulgo creditur ſolvendo non fuiſſe. Qua de re adeundi Chaſſ. *ad conſuet. Burg. tit. VII. §. 13.* Baro *ad hunc* §. Peck. *lib. 1. de teſt. conjug. cap. 35.* Gudelin. *de jur. nov. lib. II. cap. 18.* Grot. II. *manud. cap. 21.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 22.* Plane extranei idem offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor. *deciſ. ſupremi apud nos Senatus* 7. Peck. *d. cap. 35.* Zypæ. *not. jur. Belg. C. de jur. delib.*

TEXTUS.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. *Item extraneus hares teſtamento inſtitutus, aut ab inteſtato ad legitimam hareditatem vocatus, poteſt aut pro harede gerendo, aut etiam nuda voluntate ſuſcipienda hareditatis, hares fieri. Pro harede autem gerere quis videtur, ſi rebus hareditariis tanquam hares utatur, vel vendendo res hareditarias, vel pradia colendo, locandove: & quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hareditate: dummodo ſciat, eum, in cujus bonis pro harede gerit, teſtatum inteſtatumve obiiſſe, et ſe ei haredem eſſe. Pro harede enim gerere eſt pro domino gerere. Veteres enim, haredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus hares fit: ita contraria deſtinatione*

ſta-

ſtatim ab hæreditate repellitur. Eum, qui ſurdus vel mutus natus, vel poſtea factus eſt, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere ſibi hæreditatem: ſi tamen intelligit, quod agit.

Notæ.

6. *Tanquam hæres utatur*) Poteſt enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non faciat quaſi hæres; puta ſi quid pietatis aut cuſtodiæ cauſa fecerit, aut ſi ſuum putavit, *l.20.pr. & §.1. de acq. hær.*

Vendendo res hæreditarias, &c.) Niſi contra doceat, ſe nihil horum quaſi hæredem feciſſe, *d.l.20.§.1.l.1. C.de rep.hær.l. 1. C.de jur. del.* Quædam etiam ſunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere poteſt, Exempl. in *d.l.* 20. §.4. *l.*42. §.2.*eod.*

Dummodo ſciat) Vid. *l.* 19.*l.*22.*l.*32. §.*ult. eod.*

In cujus bonis pro hærede gerit) Hic verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quam in *pr.* §. Nam horum verborum *pro hærede gerere* & *adiri* etiam generalis ſignificatio eſt, alterumque pro altero & unum pro utroque interdum uſurpatur. *l.*12. *de interr. injur. l.* 88. *de acquir. hær.*

Contraria deſtinatione) Sic tamen, ut declaret ſe hæredem eſſe nolle vel verbis, vel ſcripto nutuve, *l.*95. *eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. *in l.*17. §. 1. *l.* 77. *eod. l.* 23. §.1. *de inoff. teſt.*

Commentarius.

1. *Doctrinam hujus §. proprie pertinere ad hæredes extraneos.*
2. *Duo duntaxat eſſe, diſtincta tamen inter ſe genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede geritionem.*
3. *Qui plura genera ſtatuunt, eos egregie imponere ſtudioſis diſciplinæ juris.*
4. *Cretionem nihil aliud fuiſſe, quam ſolemnem quandam aditionem, contra quam Joſeph. Scaliger; & cur nulla hic cretionis mentio.*
5. *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur.*
6. *Porci, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi deſtinatione notata.*
7. *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat quarum rerum eum gnarum eſſe oporteat.*
8. *Varia circa etymologiam hæredis opiniones.*
9. *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario, quæ in admittente requiri.*
10. *Etiam ſurdos & mutos pro hærede gerere poſſe*
11. *Quid ſi hæreditas delata ſit furioſo, impuberi, infanti.*

1 HIc §. ad ſuos hæredes non pertinet, ſed ad extraneos duntaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ, ſeu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in ſuis hæredibus locum habet: quippe cum in hos dominium rerum paternarum, quod jam ante habebat, morte patris continuetur, dici non poſſunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sane poſtquam prætor his abſtinendi facultatem dedit, deſierunt quidem jure honorario eſſe neceſſarii; ſui tamen hæredes patri eſſe non deſierunt, & ipſo momento mortis paternæ hæredes apparere, ut ſuperius demonſtravimus, & arguunt nomina, quibus in propoſito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare: quæ iis ſolis conveniunt, quibus res ſive hæreditas tantum oblata eſt: ſed hæreditatem retinere, immiſcere ſe aut abſtinere, derelinquere: quæ non dicuntur niſi de rebus partis & jam noſtris. *l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig. l.* 7. *de jur. del. l.*12.§.*ult. de bon. libert. l.*11. *l. neceſſariis.* 57. *l. ſi ſervum.* 71. §. *ſi quis. l. cum bonis.* 87. *de acq. hær. & paſſim. eod. tit.* Nam cum hæc, quod raro fit, noſtri confundunt, ut in *l. ult. de ſucceſſ. edict. l.*4. §.1. *de fideic. lib. l.* 21. §.*ult. de jur. patron. in fin. l.* 1. §. 10. *ad Tertull. l.* 6.*C. de legit. hær.* minus accurate loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic proponuntur, quam duo, aditio & pro hærede geſtio ſive geritio; ſic enim appellatur a Juriſconſulto in *d. l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig.* Utrum autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipſa inter ſe diſtincti ſint, necne; item an non plures ſint, quam hi duo, videbimus in exegeſi textus.

Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate) Omnis hæreditas ſive teſtamento delata, ſive ab inteſtato, hæredi extraneo acquiritur ſola voluntate & animo, uti quiſque hanc voluntatem de ſuſcipienda hæreditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua & facto; quorum prius qui facit, adire, qui poſterius, pro hærede gerere in uſu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hæ- 2
reditatis, aditio & pro hærede geſtio. *l. ſi quis mihi* 25. §. *ſed quid.* 7. *l. quamdiu.* 60. *de acq. hær. d.l.*14. §.8. *de relig. l.* 19. *C. de jur. del.* quibus in locis obſervare licet, genera hæc ſic appellationibus diſtingui, ut neque qui adit, dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit, dicatur adire: quemadmodum etiam hoc loco ut diverſa aperte diſtinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem ſuſcipere: ut proinde minime aſſentiendum ſit Weſembecio, aſſerenti nihil inter hæc duo intereſſe. Equidem fateor nihil obſtare verborum ſignificationem, quominus qui pro hærede gerit, dicatur adire; & qui adit, pro hærede ſe gerere, ut hæc etiam poſtea confundere videtur Juſtinianus, & Juriſconſultus in *l.* 12. *de interr. in jur.* Sed diſtinctionis cauſa uſus veterum hæc ita trivit, ut in diverſo genere ponerentur, & adire diceretur, qui nuda teſtatione hæredem ſe profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eandem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l. pro hærede.* 20. *de acq. hær.* cum ait, pro hærede gerere non tam facti eſſe, quam animi. Hoc enim ſolum ſignificat, ut quis pro hærede geſſiſſe videatur; in eo non tam quid factum ſit, quam quo animo factum ſit, ſpectandum eſſe, ut locus ipſe oſtendit. Magis Paulus id negare videri poteſt *l. gerit.* 88. *de acq. hær.* ubi definit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoſcit ſucceſſionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Juriſconſultum verbum attingendi ſtrictius eo loco uſurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori

obli-

obligatam, ut hæreditariam: quem tamen revera at-
tingere conſtat; eoque tanquam facto aliquo, non
nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita conſtitu-
to, videamus an non plura ſint genera acquirendæ
hæreditatis, quam duo illa, de quibus diximus, &
3 quæ ſola hic ab Imperatore proponuntur. Et plura
non eſſe, omnino ſtatuendum eſt, cavendumque ab
iis, qui ſcribunt hæreditatem acquiri quinque modis,
cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtio-
ne, & agnitione, egregie ſtudioſis hujus diſciplinæ
imponentes. Nam primum immixtio tota hinc alie-
na eſt: quoniam ſui hæredes, quorum propria eſt,
hoc facto nihil novi acquirunt, quod antea non ha-
buerint, ſed quæſitum jam ab initio attingentes, id
ſe retinere velle declarant, ut ſupra abunde probatum
eſt. Agnitionem vero ſtatuere modum acquirendæ
hæreditatis diverſum ab aditione, magnæ inſcitiæ eſt.
Quid enim eſt aliud agnoſcere hæreditatem, quam
declarare ſe velle hæredem eſſe? & hoc quid aliud,
quam adire? Quod ſi tot ſpecies acquirendæ hæredita-
tis facere liceat; quot diverſis verbis in hac re vete-
res utuntur, jam non modo quinque, ſed vel octo aut
plures etiam erunt. Non enim tantum agnoſcere hæ-
reditatem a veteribus dici legimus, ſed etiam hæredi-
tatem amplecti, ſuſcipere, admittere, *l. 6. §.1. & 3.
l. quæſitum. 40. in fin. l. cum bonis. 87. de acq. hæred.* Sed
plura ſcilicet hæc verba ſunt, res ubique una & ea-
4 dem. Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quam
ſolemnis quædam aditio; idque oſtendit formula cre-
tionis relata apud Ulpian. *tit. 22. §. cretio. 23.* his verbis;
*Cum me Lucius Titius hæredem inſtituerit, eam hæredi-
tatem adeo cernoque*. Et Feſtus, *Crevi*, inquit *modo
ſignificat hæreditatem adii*, in quem locum quod Joſe-
phus Scaliger notat, *crevi non proprie ſignificare hæredi-
tatem adii*, errorem eſſe convincit prædicta formula,
& quod Feſtus dicit, *crevi, hæreditatem adii*, id Ul-
pianus *d. tit. §. 21. & §. 26.* ſic exprimit, *cernendo fit
hæres.* Varro *lib. v. de ling. Lat. Cernito in teſtamento, id
eſt, facito videant te eſſe hæredem.* vid. Petr. Fab. II. *ſe-
meſtr. 22.* Hic autem conſulto mentio cretionis omiſ-
ſa, quia ſublata ſolemnitate, quam olim deſiderabat.
l. cretionum. 17. C. de jur. del. hæreditas etiam cum cre-
tione delata acquiri poſſe cœpit, aut aditione ſim-
plici, id eſt, quavis aperta teſtatione voluntatis de
ſuſcipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritio-
ne: quod olim ſecus erat, Ulp. *d. loc.* Atque hoc il-
lud eſt, quod paulo poſt Juſtinianus ait, *Et quoque
modo voluntatem ſuam declaret, vel re, vel verbo.* Sed
quid laboramus? non tantum loci omnes, in quibus ex
profeſſo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti
*in l. quamdiu 69. de acq. hær. l. 14. §. plerique. 8. de relig. l.
cum in antiquioribus. 19. C. de jur. del.* oſtendunt, pluri-
bus, quam duobus diſtinctis modis, hæreditatem non
acquiri: ſed etiam res ipſa evincit, non poſſe pluri-
bus modis acquiri. Illud enim palam eſt; voluntatem
ſuſcipiendæ hæreditatis hic totum facere; tantum relin-
qui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis decla-
rari non poteſt, quam his duobus, aperta teſtatio-
ne, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem,
hoc pro hærede geſtionem ſive geritionem appellant.
De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient
apud Briſſon. *lib. VII. de formul.* Ræyard. *de auct. jur. ud.*
c. 8. Gregor. Tholoſ. XLVI. *ſyntagm. 2. n. 6.*

Si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur) Diximus
hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, niſi vo-
luntate & deſtinatione animi: eum autem animum
qui aperta teſtatione declarat, dici adire; qui facto
aliquo, dici pro hærede gerere. Adire cum ſit aper-
tæ teſtationis, nemo dubitare poteſt, quid hac te-
ſtatione hæres voluerit. At ſi quid hæres geſſerit, 5
ambigi poteſt, quod geſſerit animo quoniam facta
non loquuntur, & exerceri poſſunt alio animo, quam
pro hærede gerendi. Poteſt enim quis attingere res
hæreditarias, ut tamen id non faciat quaſi hæres,
l. pro hærede. 20. in pr. & §. 1. de acq. hær. Quibus igi-
tur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus
pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis ſane.
Finge, hæredem quid feciſſe, quod citra nomen &
jus hæredis facere non potuit, veluti ſi conditionis
implendæ cauſa quid acceperit ex judicio teſtatoris, *d.
l. pro hærede. 20. §. Papinianus. 4.* aut geſſiſſe aliquid, quod
non niſi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit,
puta ſervos hæreditarios manumiſiſſe, *l. Julianus. 42.
§. 2. eod. tit.* eum qui hæc facit, perſpicuum eſt quaſi
hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri.
Quid ſi rebus hæreditariis uſus ſit, ædes inhabitaverit,
agros coluerit, aut locaverit, ſervis cibaria præbuerit,
pecora, jumenta paverit, æs alienum ſolverit, res
quaſdam hæreditarias diſtraxerit? Creditur, ſuo po-
tius nomine, quam alieno hæc feciſſe, & in his
omnibus geſſiſſe pro hærede; niſi contra doceat, ſe
nihil horum quaſi hæredem feciſſe: ſed velut cuſto-
diat, aut quia ſua putavit, aut quia quid fecit,
dum deliberaret, ut res ſalvæ eſſent: ideoque in
hujuſmodi factis conſultum eſt, initio hæredem te-
ſtari, ſe quod facturus eſt, non facturum ut hæres
eſſe velit, *d. l. pro hærede. §. 1. l. 1. C. de repud. hær. l. 2.
C. de jur. del.* Plane ſi defunctum funeravit, ex eo
ſolo non videbitur pro hærede geſſiſſe: quia id of-
ficium humanitatis jure cuivis præſtari poteſt. Majo-
ris tamen cautionis eſt, ſi hic quoque proteſtetur,
l. 14. §. plerique. 8. de relig.

*Et quoquo modo voluntatem declaret, vel re vel ver-
bo*) Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda ſunt,
in qua repeti intelligatur, quod prius dictum eſt,
hæreditatem acquiri vel pro hærede gerendo, quod
nunc dicatur re voluntatem declarando; vel nuda
voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem de-
clarando: aut fatendum eſt, quod ſupra dixi, Juſti-
nianum verbum pro hærede gerere hic latius accipere,
quam in pr. §. eoque comprehendere utrumque ac-
quirendi modum, tam verbis, quam re. Utcumque
ſit, voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto ali-
quo, aut aperte verbis declaranda eſt: ſiquidem, ut
vulgo dicitur, propoſitum in mente retentum nihil
operatur. Ideoque quod Accurſius in *l. 2. de interr.
in jur.* ait, hæreditatis aditionem conſiſtere in oc- 6
culta voluntate non ſic accipiendum eſt, eum; qui
nude deſtinavit & apud ſe conſtituit hæreditatem
adire, hac deſtinatione hæreditati obligari: ſed ita,
neminem obligari ut hæredem, niſi qui ea mente
quid geſſiſſe aut protuliſſe probetur, ut hæres fie-
ret. Id autem in occulto poſitum eſſe, ac proinde
probatu difficillimum. Neque vero etiam Porcio &
An-

Angelo aſſentio, qui exiſtimant, nuda animi deſtinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conſcientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut recte Bartolus in *l. gerit.* 88. *de acq. her.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentiſſimus ſimul ac doctiſſimus Viglius hic, *Varia*, inquit, *ſunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant: & tunc demum velle aliquid videmur, cum animum noſtrum exteriore aliquo ſigno confirmavimus. Alioqui quid eſt humanis cogitationibus vel inconſtantius, vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut hujuſmodi indiſcreta voluntate illaqueemur*. Illud in tranſitu moneo, pure hæreditatem adeundam eſſe, non ſub conditione: nam ſi quis, verbi cauſa, dixerit, *Si ſolvendo hereditas eſt, eam adeo*, nulla aditio eſt, *l. eum qui.* 51. *§. ult. de acq. her.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodo ſciat, teſtatum inteſtatumve obiiſſe, & ſe
7 *ei heredem eſſe*) Duo requirit Imp. ut quis adeundo, aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum eſt, ut ſciat, defunctum aut teſtatum aut inteſtatum deceſſiſſe. Et prius igitur eſt, ut certus ſit, eum deceſſiſſe: neque enim viventis ulla eſt hæreditas, *l. qui hereditatem.* 19. *l. neminem.* 27. *l. heres* 32. *l. qui ſuperſtitis* 94. *de acq. her.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cum ignoraret, ſe hæredem ſcriptum, hæreditatem tanquam lege ſibi delatam adiiſſe; prove domino bona adminiſtraſſe, hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo ſe quis obſtringat hæreditati, ſcire debet, qua ex cauſa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. ſi is.* 22. *eod.* Alterum eſt, ut ſciat, ſe hæredem eſſe, id eſt: hæreditatem aut teſtamento aut ab inteſtato ſibi delatam: & proinde etiam certus eſſe debet de conditione teſtatoris, paterfam. an filiusfam. ſit, & generaliter, teſtamenti factionem habuerit, necne, *l. heres.* 32. *§. ult. eod.* Ad hæc etſi ſciat, ſe hæredem inſtitutum ſed utrum pure, an ſub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, *d. l. heres.* 32. *§.* 1.

Veteres heredes pro dominis appellabant) Sic etiam Feſtus, *Heres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæchmus Peregrinus de palla ſic loquitur, *Menach. Act.* III. *ſc.* 2. *v.* III.

Prandi, potavi, ſcortum accubui, abſtuli.
Hanc, cujus heres nunquam erit poſt hunc diem.

Atque hinc eſt, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, æreditas & dominium, a noſtris promiſcue uſurpetur, *l. ſi is.* 22. *de acq. her. l.* 2. *§. ult. de bon.*
8 *poſſ. ſec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem a verbo *herus* dictum exiſtimant; licet ratio prioris ſyllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *heres* producta eſt: quam ob cauſam Viglius & Hotomannus potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur, quaſi *hærens*, eo quod proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hic obſtat, quod hæres & hæreditas ſine diphtongo ſcribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujacius. Atque ideo Hotomannum exiſtimo maluiſſe derivare hanc vocem ab *hera*, quod terram ſignificat, unde ſit *heredium*, Varroni, agellus, qui hæredem ſequebatur. Ceterum non ſunt hæc magni momenti: nec quantitas ſyllabæ ſemper in derivatis retinetur, quod vel pueri in ſcholis ſciunt, & docet Gellius *lib.* XII. *cap.* 3. quanquam ille exemplis ad id demonſtrandum parum aptis utitur.

Contraria deſtinatione ſtatim ab hereditate repellitur)
Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ 9
in hæreditatem admittente, ut voluntatem declaret aut aperte verbis, puta ut dicat ſe hæredem eſſe nolle, ſcriptove aut nutu id teſtetur, *l. recuſari.* 95. *de acq. her.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujuſmodi eſt, ſi hæres inſtitutus idemque legitimus, de teſtamentaria hæreditate nihil aperte ſtatuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento teſtamentariam repudiaſſe, *l. ne is qui.* 17. *§.* 1. *l. illud.* 77. *eod. tit.* item ſi præteritus aut exhæredatus ab hærede inſtituto, cum ſciret eum hæredem eſſe, emit aliquid aut prædia conduxit, vel ei ſolvit, quod teſtatori debebat. His enim factis, & judicium defuncti agnoſcere, intelligitur, & jus ſuum repudiare, *l. ſi ponas* 23. *§.* 1. *de inoff. teſt.* Scire item debet, qui repudiat, vivat is, de cujus hæreditate agitur, nec ne; teſtatus, an inteſtatus deceſſerit, hæres, nec ne, ei ſit; pure, an ſub conditione ſit hæres inſtitutus. Poſtremo de ſua quoque & defuncti conditione certus eſſe debet: alioqui uti adeundo, ita repudiando, nihil agitur, *l.* 13. *l.* 15. & 4. *ll. ſeqq. l. heres* 32. *l. qui ſuperſtitis.* 94. *de acq. her.*

Qui ſurdus vel mutus natus vel poſtea factus) Mutus 10
nes non ſurdus, etiam ita nati, pro hærede gerere & obligari hæreditati poſſunt, *l.* 5. *l. pater.* 93. *in fin. d. tit.* Diſerte autem dicitur, pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad ſurdos, qui natura tales ſunt, quos loqui non poſſe conſtat. Enimvero ſi quis caſu aliquo ſurdus factus ſit, quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri poſſit, non eſt ambigendum. Sed & qui mutus non natus, ſed factus eſt, licet verbis voluntatem declarare non poſſit, poterit tamen vel ſcripto, vel alio indicio eam ſignificare, *arg. l. recuſari.* 95. *eod.* Quod ſi hæreditas
delata ſit ei, cujus nulla voluntas eſt, qualis eſt fu- 11
rioſus, curatori tradetur hæreditas adminiſtranda, ea lege, ut ſi furioſus poſtea ad ſe redierit, ipſe de ea ſuſcipienda aut omittenda ſtatuat; & omiſſa ad eos revertetur, ad quos remoto furioſo perventura fuiſſet, uti etiam ſi in furore deceſſerit, *l. ult. §.* 3. & *ſeqq. C. de cur. fur.* Quid ſi impubes ſit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deeſt, ſupplebit tutoris auctoritas, *l. pupillum* 49. *de acq. her. l.* 9. *§.* 3. *de auct. tut. l.* 5. *C. de jur. del.* In infante novum jus a Theodoſio conſtitutum eſt, ut ipſe tutor nomine infantis hæreditatem adire poſſit, *l. ſi infanti.* 18. *C. d. tit.* Quod ſi impubes in poteſtate ſit, hic auctore patre recte adibit, *l.* 8. *§. ult. de acq. her.* neque obſtat, quod impubes, qui in poteſtate parentis eſt, ne auctore quidem patre obligatur, *§. pupillus.* 9. *in fin. inſ. de inut. ſtip. l. ult. §* 2. *de verb. oblig.* quia in propoſito non obligatur ipſe impubes, ſed pater, cui hæreditatem acquirit. Ceterum in adventitia hæreditate dicendum eſt, ab illa regula receſſum eſſe juniorum Principum conſtitutionibus, *d. l. ſi infanti.* 18. *§ ult. C. de jur. del. l. ult. §. ubi autem.* 6. *C. de bon. quæ lib.* Don. *ad d. l. ult. §.* 2. *num.* 7. *de verb. oblig.*

Ti-

TITULUS VIGESIMUS.

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. *C. Lib.* 6. 37.

Ratio ordinis cum ſumma rerum, quæ hic explicantur:

COgnita ratione deferendæ hæreditatis ex teſtamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab inteſtato, ac ſine flexu inter inſtitutum continuandum, donec omnes per univerſitatem acquiſitiones percurſæ forent. Eo enim nos ipſe rerum ordo & diſpoſitio partium deinceps tractandarum facta §. *ultim. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* quaſi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum a cœpto deflectit propter legata & fideicommiſſa; nec abſque ratione. Nam cum legata & fideicommiſſa non minus teſtamento relinquantur, quam hæreditas, & vix ullum teſtamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommiſſo honoretur: hæc cauſæ communio, ſimul quod legata ſunt partes, hoc eſt, acceſſiones & appendices teſtamenti, exigit, ut hoc loco maxime de his diſputetur, atque ob hanc etiam cauſam id in hunc locum collatum eſt, *d.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommiſſa ſint modi, in quibus non univerſitas, ſed res ſingulæ acquiruntur. Hoc titulo diſputatur de legatis; atque ordine hæc docentur, quid ſit legatum, quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium; quibus rebus olim legata diſtabant a fideicommiſſis, & quæ poſtea ſecuta exæquatio, quæ res dari legari poſſint, vel non poſſint, quibus recte legetur, aut contra poſtremo quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

TEXTUS.

Continuatio.

Poſt hæc videamus de legatis: quæ pars juris extra propoſitam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per univerſitatem res nobis acquiruntur: ſed cum omnino de teſtamentis, & de hæredibus, qui in teſtamento inſtituuntur, loquuti ſimus, non ſine cauſa ſequenti loco poteſt hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

DE *iis figuris, quibus per univerſitatem*) *Figuris*, id eſt, *cauſis, modis, rationibus.* Docemus quibus modis res univerſæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res ſingulæ; quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda vero eſt memoria ejus, quod notavimus in expoſitione §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* in hac diſtinctione acquiſitionem non ſolius objecti rationem haberi, verum etiam ipſorum modorum & cauſarum acquirendi: legatum eſſe modum & titulum acquirendi ſingularem, hoc eſt, comparatum ad acquirendum res ſingulas, non univerſas: & ideo licet univerſitas, pars bonorum, aut hæreditatis alicui legata ſit, quod fieri poſſe conſtat, *l. ſi quis* 23. *l. non amplius* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. cum pater.* 59. *de vulg. & pup.* Ulp. *tit. de legat.* §. *ſicut.* 23. tamen hunc legatarium non fieri juris ſucceſſorem, *d. l. non amplius.* 26. §. 2. proinde nec ullas actiones hæreditarias aut active aut paſſive in eum tranſire: ob quam cauſam olim factum, ut ſtipulationes partis & pro parte inter hujuſmodi legatarium & hæredem interponerentur, §. *ſed quia* 5. *inf. de fid. hær.* Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impenſæ, puta pretia ſervorum manumiſſorum, aut ſumptus funeris, *l.* 8. §. *ult. de legat.* 2. hoc non tribuit legatario ſucceſſionem juris; ſed tantum dicitur ad differentiam ejus, quod obſervatur, cum pars bonorum, quæ tempore mortis fuit, legatur, quo caſu impenſas deduci placet, *l.* 9. *d. tit.* Sic cum in ſpecie *l. cum filius.* 76. §. 1. *d. tit. de legat.* 2. Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non ſuſcipit, ut hæreditatem: ſed ut bona, quæ a Mævio ad teſtatorem pervenerunt.

TEXTUS.

Definitio.

1. *Legatum itaque eſt donatio quædam a defuncto relicta, ab hærede præſtanda.*

NOTÆ.

1. ***Donatio quædam***) *Quædam* συγκατηγόρημα generi additum, quia legatum proprie donatio non eſt: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla eſt donatio ſine acceptione, *v. ſup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis*, *l.* 116. *de leg.* 1. μείωσις κληρονομίας Baſil. 44. *tit.* 1. *c.* 1.

A defuncto relicta) Modeſt. *l.* 36. *de leg.* 2. *teſtamento relicta.* Sed Tribonianus videtur verbo generaliore uſus, ut ſerviret conſtitutioni Juſtiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l.* 2. *C. comm. de legat.*

Ab hærede præſtanda) Deſunt hæc apud Modeſtin. nec Theoph. Cujac. Hot. agnoſcunt, neque ad definitionem ſunt neceſſaria. Sæpe tamen noſtri definitionibus aliquid adjiciunt plenioris explicationis gratia.

1. *Legatum unde dictum.*
2. *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta.*
3. *Conſulto pro* teſtamento relicta, *ut eſt in definitione Modeſtini, hic poſitum* a defuncto relicta.
4. *Verba* ab hærede præſtanda, *non videri otioſa, ut quidam cenſent.*

1 Legatum, inquit Ulpianus *in fragm. hoc tit.* eſt, quod *legis modo*, id eſt, *imperative* teſtamento relinquitur: quæ notatio quædam eſt & ratio nominis: ceterum quia hoc longiuſcule petitum videtur; alii potius legare dictum putant a *legando*, quatenus hoc verbum deligere & decerpere ſignificat, quod & Florentinum exiſtimaſſe credibile eſt, ac proinde legatum definiviſſe *delibationem hereditatis*, *l. legatum.* 116. *in pr. de leg.* 1. Nam delibare decerpere eſt. Cic. *in orat. pro Sext. cap.* 56. *Omnes undique floſculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog.* III. *v.* 92.

Qui legitis flores & humi naſcentia fraga.

Nec diſſimili admodum ratione Varro *lib.* IV. *de ling. Lat.* legatos a *legendo* appellatos tradit; quia ſcilicet *publice lecti ſint, ut mittantur.* Ceterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini ſignificationis verbi *legare*, in qua uſurpatur in illo legis duodecim tabularum, *uti quiſque legaſſit*, &c. ubi hoc verbo *legaſſit*, continentur etiam hæredum inſtitutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in teſtamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis.* 120. *de verb. ſign.* VINN. Immo etymologia Ulpiani nihil eſt verius. Legare enim prima producta non ſignificat delibare, vel decerpere, ſed mandare, jubere, legem dicere. Unde & legare dicitur paterfamilias etiam, quando hæredem ex aſſe inſtituit. Placuit vero hoc vocabulum veteribus, quia, ut ſupra monuimus, teſtamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant, quam verbis directis & ut ita dicamus, legiſlatoriis, e. g. *habeto*, *hæres damnas eſto*, *ſinito*, &c. Plura eam in rem diximus in *Antiquit. Rom. h. t.* HEIN.

2 *Donatio quædam*) Particulam *quædam* Modeſtinus in ſua legati definitione non addidit, *l. legatum.* 36. *de legat.* 2. Non eſt tamen omnino ſupervacua, ut quidam putant. Quippe legatum proprie donatio non eſt: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla eſt donatio ſine acceptione, ne mortis quidem cauſa, ut ſupra demonſtravimus ſub §. 1. & 2. *de donat.* Legatum autem ſola teſtatoris voluntate conſtat, atque ita tamen, ut ſuſpendatur, & poſt mortem teſtatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis: quod iterum ſecus in donationibus etiam iis, quæ mortis cauſa fiunt. *l.* 5. §. *qui mortis.* 17. *de his quæ ut indigne.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex profeſſo agitur, legatum numeratur. Eſt vero nihilominus peculiaris quædam & quaſi proprii generis donatio: proficiſcitur enim totum a liberalitate teſtatoris, eſtque titulus mere lucrativus: quam ob cauſam etiam ſeparatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnoſa eſt. *l. ſi hereditatem.* 32. *mandat. l. hereditatis.* 119. *de verb. ſign.* Additum igitur generi eſt συγκατηγόρημα *quadam*, ut ſciamus, genus hoc non non ſimpliciter, ſed quadantenus & ratione analogica ſpeciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi. vid. Goclen. *de trop. defin. can.* 9. *except.* 1.

A defuncto relicta) Directo ſcilicet & proxime a defuncto, non per interpoſitam mediam perſonam; ut excludatur fideicommiſſum: quod quidem etiam relinquitur a defuncto, ſed ἐμμέσως, atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus perſona conſiſtat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod eſt in definitione Modeſtini, *teſtamento relicta*, 3 conſulto uſus verbo generaliore, *a defuncto relicta*, ut ſerviret conſtitutioni Juſtiniani de exæquatione legatorum & fideicommiſſorum, quæ eſt *l.* 2. *C. comm. de leg. & fid.* Poſt hanc enim exæquationem non minus legata, quam fideicommiſſa, non teſtamento tantum, ſed etiam ab inteſtato relinqui poſſe cœperunt, aut codicillis teſtamento non confirmatis: quod ſecus fuit jure veteri, quo legata tantum ex teſtamento valebant. §. *præterea* 10. *inf. de fid. hær.* Id quod Modeſtinus indicare voluit, & Florentinus ſignificat, cum legatum ſic deſcribit, ut ſit *delibatio hæreditatis* (μείωσις κληρονομίας, Baſil. 44. *tit.* 1. *c.* 1.) *qua teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum velit. l. legatum.* 116. *in pr. de legat.* 1. Eadem differentia indicatur ab Ulpiano *in fragm. tit. de fideicom.* §. 3. & 6.

Ab hærede præſtanda) Hæc verba non agnoſcunt Theoph. Cujac. Hotoman. Weſemb. Baro a ſciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum ſane eſt, non eſſe hæc verba ad definitionem legati neceſſaria: quippe in qua quæritur, quid ſit legatum; non a quo relinquatur aut præſtandum ſit; quod pertinet ad executionem. Ceterum cauſam nullam admodum video, cur cum extent in vulgatis 4 codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpe enim noſtri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad eſſentiam rei definitæ non pertinent: ut videre eſt in definitione tutelæ, *l.* 1. *de tutel.* item furti, *l.* 1. §. 3. *de furt.* quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideo delenda eſſe, quia poſt exæquationem legatorum & fideicommiſſorum non tantum ab hærede, ſed etiam a legatario legari poteſt. Ego vero nego quod ita relictum eſt, proprie legatum eſſe, licet concedam jure legati cenſeri: de quo nonnihil iterum infra *de fideic. hær. in pr.* Illa autem levicula ſunt, ob quæ nonnulli clauſulam hanc inducendam putant, primum, quia legatum ab ipſo teſtatore nonnunquam præſtetur, *l. Lucius.* 22. *de legat.* 2. deinde quod quæ legantur, recta dicuntur tranſire ad legatarium, *l. a Titio.* 64. *de furt.* Nam ad primum quod attinet, conſtat, legatum omne ſic relinqui, ut præſtetur poſt mortem teſtatoris, & proinde ab hærede. Quod ſi teſtator antevertat & ipſe præſtet, dum vivit, mutatur voluntate teſtatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, *per l. hujuſmodi.* 84. §. *ſi Titio* 11. *de legat.* 1. Quod vero legatum recta a defuncto tranſire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominium: nam poſſeſ-

poſſeſſio nihilominus ab hærede petenda & præſtanda eſt. Neque enim poteſt quiſquam ſibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum: alioqui hæredi poteſtas eſt id revocandi interdicto quod legatorum, *l. 1. §. 2. quod legat.* de quo vid. Clar. §. *teſtamentum quæſt.* 68. Peck. 1. *de teſtam. conjug.* 48. Chriſtin. *vol. IV. dec.* 36. Sed & tranſlatio illa dominii ficta potius eſt, quam vera, & ideo introducta maxime, ut legatarius poſt diem legati cedentem decedens ad hæredem legatum tranſmittat, *l. 3. l. 5. quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplex legati ſignificatio. Nam & actum ipſum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modeſtini & Florentini; & nonnunquam titulum ſeu cauſam, ut *tit. pro legat.* Frequentiſſime autem deſignat rem ipſam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum ſublatis.

2. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem: & certa quadam verba cuique generi legatorum adſignata erant, per quæ ſingula genera legatorum ſignificabantur. Sed ex conſtitutionibus divorum Principum ſolemnitas hujuſmodi verborum ſublata eſt. Noſtra autem conſtitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores eſſe cupientes, & non verbis, ſed voluntatibus eorum faventes, diſpoſuit, ut omnibus una ſit natura: & quibuſcunque verbis aliquid relictum ſit, liceat legatariis id perſequi, non ſolum per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus conſtitutionis perpenſum modum ex ipſius tenore perfectiſſime accipere poſſibile eſt.*

NOTÆ.

2. *Certa quadam verba*) Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 11. *tit.* 1. Notæ juris, D. D. E. *dare damnas eſto*. Per præceptionem ſolummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *d. lib. & tit. §. ult.* Theoph. hic. Formula: *Luc. Titius mihi ex parte heres rem illam præcipito*. Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum, Græc. ἐξαιρετυ δοσις.

COMMENTARIUS.

1. *Pro formularum diverſitate olim quatuor genera legatorum fuiſſe, non ſolum nominibus diſtincta, ſed etiam natura & jure.*
2. *Primum Juſtinianum effeciſſe, ut omnium eadem vis eſſet, ſalva tamen manifeſta voluntate defuncti.*
3. *Explicatur vetus differentia circa poteſtatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis, ſublata conſtitutione Juſtiniani.*
4. *Hypothecariam beneficio Juſtiniani accepto ferendam: qua de re, adverſus quos ea competat; aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

PEr *vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem*) His nominibus ſic genera hæc diſtincta atque appellata fuerunt a verborum formulis cujuſque generis propriis, aut earum una aliqua. 1 Per vindicationem his verbis legabatur, *Do, lego, capito, ſumito, tibi habeto, vindicato*. Per damnationem ita *Hæres meus damnas eſto dare, dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Sinendi modo ſic, *Hæres meus damnas eſto ſinere L. Titium ſumere illam rem ſibique habere.* Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula, *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito*, aut *præcipuam habeto*. In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba teſtatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad hæredem; in ſinendi modo formula mixta videtur. Non tantum autem hæc genera verborum formulis, ſed natura quoque & jure diſtincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari ſolum poterat res teſtatoris propria; ſinendi modo etiam hæredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuiſſe in relicto ſinendi modo; quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc caſu electio erat hæredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem: (quanquam eo nomine & in perſonam ex teſtamento agi poterat:) quod per damnationem, id actione in perſonam ex teſtamento perſequendum erat. Nomine quoque ejus, quod ſinendi modo relictum erat, non aliam actionem, quam ex teſtamento competiiſſe, poſt Theoph. Bachovius ſcribit: Cajus etiam vindicare potuiſſe, *lib. 2. h. t. §. pen.* quod ego locum habuiſſe puto, cum res teſtatoris propria hoc genere legati relicta eſſet. Quod per præceptionem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ erciſcundæ agebatur in cohæredes. Hæc fere, & quædam alia hujuſmodi reperiuntur apud Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 11. *tit.* 5. Paul. III. *ſerm.* 6. & Theophil. *hic*. Si cui vacat, etiam per me licet adeat. Ant. Fab. VI. *conject.* 1. caute tamen. Vinn. Recte Cajum interpretatur Vinnius. Si enim res propria hæredis vel teſtatoris alicui ſinendi modo fuerat relicta, & legatarius eam vindicabat: tunc hæres non contra vindicare, nec dicere poterat: *Et ego ajo illam rem meam eſſe*: quia juſſus erat ſincere, ut legatarius rem ſibi haberet. Præclare hoc obſervavit V.C. Ant. Schulting. *ad* Caj. *lib.* 11. *tit.* 6. §. 6. *p.* 120. Ceterum ſeptendecim horum legatorum differentias ex jure antiquo erudite erutas exhibuit Merill. *Obſ. Lib.* VI. *cap.* 32. *p.* 175. HEIN.

Conſtitutionibus DD. Principum verborum ſolemnitas ſublata) Significatur *l. in legatis.* 21. C. *hoc tit.* quæ una quidem Conſtitutio eſt, ſed trium Impp. Conſtantini, Conſtantii & Conſtantis; quos ſi ſingulos ſpectes, totidem dici poſſunt Imperatorum conſtitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum ſolemnitatem & obſervantiam ſuſtulerunt in inſtitutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum poſſeſſione, *l. quoniam* 15.

C. de teſtam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poſſ.

Noſtra autem conſtitutio) Eſt *l.* 1. *C. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum ſolemnitate, etſi licebat aliis verbis, idem quod typica ſignificantibus, in unoquoque genere uti; nec Latino tantum, ſed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuſcunque alterius gentis ſermone legatum relinquere, quod antea non licuiſſe pacta formularum verba arguunt, & teſtatur Ulp. *tit.* 25. §. 7. manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectorum in ſingulis generibus diverſitas: verbi cauſa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat, quam ante; aut legatum per damnationem
2 relictum in rem actione peti. Hanc generum differentiam primus ſuſtulit Juſtinianus, omniumque legatorum unam voluit eſſe naturam, hoc eſt, unam omnium vim atque effectum. *d. l.* 1. *Comm. de leg.* Quod ſi qua adhuc veteris diſcriminis veſtigia in libris noſtris tibi occurrent, ſcito, Tribonianum hæc per incuriam reliquiſſe, qui dum reſponſa Juriſconſultorum ad conſtitutionem Juſtiniani accommodare ſtuduit, verba quidem hæc, *per vindicationem*, aut *damnationem*, ubique ſuſtulit; rem autem ipſam & effectum reliquit. VINN. Id negari vix poteſt. Nam ſic e.g. in legato per vindicationem portio deficiens conjunctio accreſcere dicitur *l.* 16. *§. ult. & l.* 34. *ff. de legat.* 1. *l.* 31. §. 1. *ff. de ſtatulib.* Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accreſcit conjuncto. *l.* 16. *pr. ff. de legat.* 1. *l.* 62. *de legat.* 2. Non itaque dicendum cum Cujacio *in Paratitl. C. ad l. un. de cad. tollend. ſub fin.* hanc differentiam non eſſe ſublatam, ſed Pandectarum compoſitores feſtinantius agentes veſtigia omnia juris antiqui, quod Juſtinianus immutavit, non deleviſſe. Vid. Merill. *Variant. Cujac. lib.* 11. *cap.* 10. *p.* 241. HEIN.

Non verbis, ſed voluntatibus) Ætiologia hujus exæquationis: quæ talis tamen eſt, ut quivis facile intelligat, Imperatorem noluiſſe quicquam ſtatuere, aut exæquationem iſtam valere contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Quamobrem ſi teſtator, verbi cauſa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illius disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem reſpondere, in hujuſmodi legato electionem tribuendam eſſe hæredi, cum DD. comm. & Zaſ. *in l. legato.* 37. *n.* 22. *de legat.* 1.

Non ſolum per actiones perſonales) In *d. l.* 1. *C. com. de legat.* Utitur numero ſingulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex teſtamento, *l. ſervo.* 69. *§. ult. l. non quocunque.* 82. *in pr. l. quaſitum.* 91. *§. ult. de legat.* 1. *l. qui concubinam.* 29. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 6. *de in lit. jur.* §. *ſi res aliena.* 6. *inf. eod.* Hæc actio in perſonam eſt ex obligatione. Nam cui legatum datum eſt, is de eo præſtando obligatum habet hæredem, a quo relictum eſt. Obligatio eſt, quaſi ex contractu: quippe cum hæres adit aut agnoſcit hæreditatem, intelligitur eam agnoſcere cum ſua conditione, atque onere; ſcilicet, ut præſtet, quod teſtator injunxit: atque hoc facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. *hæres.* 5. *inf. de obl. quæ quaſ. ex cont.* ex quo apparet, tertium poſſeſſorem hac actione conveniri non poſſe, hæredem poſſe, etſi non poſſideat, per *l. actionum.* 25. *de obl. & act.*

3 *Sed etiam per in rem*) Etiam olim legati obtinendi cauſa actio in rem prodita legatariis fuit, ſed non de omni legato: ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in perſonam competebat etiam in rem ſeu rei vindicatio: de re per formulam damnandi legata non erat actio in perſonam, in rem non erat: quæ juris diverſitas ex alio diverſo inter hæc jure naſcebatur; ex eo nimirum, quod per rei vindicationem legatæ dominium recta a teſtatore in legatarium tranſibat. *l. legatum.* 80. *de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *de furt.* Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium tranſibat ad hæredem; & in hoc tale legatum ſimile erat fideicommiſſo, quod ipſa formula evidenter oſtendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam recte legabatur. Jam vero certum eſt, actionem in rem omni domino competere, & ſoli, *l. in rem* 23. *in pr. de rei vind.* eique conſequens, ut in qua ſpecie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantum perſonalis, ſed etiam in rem actio detur; ubi autem ſola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia, quam in perſonam actio competere poſſit. Ex conſtitutione vero Juſtiniani etiam pro legato damnationis conſequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis, quam vindicationis, dominium rei legatæ recta ad legatarium tranſit. Illud forte aliquem turbabit, quod eidem ejuſdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat ſibi dare oportere, altera ſe dominum eſſe contendat, contra §. *ſic itaque.* 14. *inf. de act.* Reſpondent nonnulli, ſpeciale hoc eſſe in legatario, propterea quod tantum jure civili dominus factus ſit, non etiam jure gentium, quod non placet: nihil enim refert, quo jure dominium agenti quæſitum ſit, *d. l. in rem.* 23. *de rei vind.* & in promptu alia reſponſio eſt, deſcendere nimirum haſce actiones ex diverſis cauſis; in perſonam ex obligatione hæredis; in rem ex jure dominii, quod ſtatim a morte teſtatoris in legatarium transfertur: quamobrem agentem legatarium actione perſonali ex teſtamento, petentemque, ut res ſibi detur, non conſiderari ut dominum, ſed tantum ut creditorem, qui hæredem quaſi ex contractu ſibi obligatum habet. Rurſus agentem in rem non conſiderari ut creditorem, ſed ut dominum rem ſuam ab hærede, non ut obligatio, ſed ut poſſeſſore, vindicantem, nam & contra alios poſſeſſores ſic in rem ageret. Concurſus autem duarum harum actionum non cumulativus eſt, ſed electivus, hoc eſt, non ita ſimul competunt, ut liceat experiri utraque, ſed ut una, utra legatarius velit: una autem electa altera conſumitur: *l. cum filius.* 76. §. *variis.* 8. *de legat.* 2. *l. hujuſmodi.* 84. §. *ult. l. ſi ſervus.* 108. §. 2. *de legat.* 1. Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus ſit, ponendi ſunt termini habiles: primum ut legata ſit certa ſpecies aut corpus; neque enim quantitate, aut nomine legato, vindicatio locum habere poteſt: deinde ut res, quæ legata eſt, propria teſtatoris fuerit: nam quod teſtatoris non eſt, id ab eo non poteſt recta tranſire ad legatarium. *l. nemo plus juris.* 54. *de reg. jur.*

Et per hypothecariam) Priores duæ actiones etiam veteribus ſecundum ea, quæ diximus: in uſu fuerunt. 4

Hy-

Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Juſtiniani accepto ferenda eſt. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios cauſam pignoris habere, *l.* 4. §1. *de ſepar.* id, ut locus ipſe indicat, junct. *l.* 1. §. *ſciendum.* 3. *eod. tit.* accipiendum eſt de ſpecie pignoris prætorii, quod jure ſeparationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & poſt hos in eo, quod ſupereſt, legatarii, qui ſeparationem impetraverunt. Agi poteſt hac actione hypothecaria in quaſcunque res a defuncto relictas, adverſus quoſvis earum rerum poſſeſſores. Ajo, a defuncto relictas; ſiquidem non res hæredis propriæ, ſed hæreditariæ, ex hac cauſa pignori ſunt legatariis ex d. conſtitutione Juſtiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res teſtatoris, quæ legata ſit: quippe quæ ſtatim fit legatarii: rei autem noſtræ pignus non conſiſtit, *l. neque pignus.* 45. *de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum perſonali cumulari poſſe, receptum eſt, Mynſ. 1. *obſ.* 58. Charond. IV. *reſponſ.* 52. cum vindicatione autem adverſus eundem cumulari non poſſe, tradit Bald. *in auth. contra. n.* 11. *C. ad ſen. Treb.* ſed Cyn. *in d. l.* 1. *n.* 10. *C. comm. de leg.* etiam harum cumulationem admittit: quem ſequitur Bachov. *in Treutl. vol.* 11. *diſp.* 13. *theſ.* 7. Ut ut ſit, certi juris eſt, actiones, quæ ſe invicem non conſumunt, ſucceſſive intentari poſſe, nimirum ut etiam poſt ſententiam in una latam altera in judicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in perſonam conſumatur, aut rei vindicatio: ut proinde ſimpliciter verum eſſe non poſſit, quod nonnulli ſimpliciter tradunt, tres haſce actiones elective concurrere, non cumulative: ſed nec pignus liberari debitore ad ſolvendum condemnato reſponſum eſt, *l. quamvis.* 8. *C. de pign.* Illud pene ſupervacuum monere, actionibus hiſce locum non eſſe, niſi adita ex teſtamento hæreditate: nam ſi hæreditas adita non fuerit, nihil eorum, quæ teſtamento ſcripta ſunt, valet, *l. ſi nemo.* 9. *de teſt. tut. l. eam.* 14. *C. de fideicomm.* niſi forte teſtator voluerit ſcripturam teſtamenti etiam pro codicillis valere, ſive quod teſtamento relinquitur, etiam ab hæredibus legitimis præſtari *l. ex ea ſcriptura.* 29. §. 1. *qui teſt. fac. l. ex teſtamento.* 29. *C. de fideic. l. ult.* §. 1. *C. de codicill.* de quo plura Jaſ. in *d. l.* 14. & poſt eum Sichard. *n.* 6. 7. & 9. Don. *num.* 9. & *ſeqq.* Illud in tranſitu monere non inutile viſum, actionem hypothecariam, quam Juſtinianus pro legatis aut fideicommiſſis conceſſit, ex conſtitutione ipſius inter plures hæredes ipſo jure diviſam eſſe, *d. l.* 1. *in fin. C. comm. de legat.* quod ſpeciale eſt, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias ſemper individua eſt, *l. rem hæreditariam.* 65. *de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expreſſo, quod teſtator legati aut fideicommiſſi nomine conſtituit: *l. non eſt mirum.* 26. *de pign. act.* cum in dubio credendum ſit, teſtatorem ſe conformare voluiſſe ad jus commune. *l. ult. C. de verb. ſign.* Atque hinc intelligimus, etiam poſt hanc conſtitutionem Juſtiniani adhuc utiliter pignus teſtamento conſtitui, add. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 47. *n.* 3. & 4. Donellus tamen nihil in hoc putat eſſe ſingulare, *in d. l.* 1. *num.* 12. VINN. Atqui de cumulatione actionum fruſtra quæritur, ſi ex principiis juris Romani decidenda ſit quæſtio. Nam id jus cumulationem ignorare, & ab eo plane abhorrere videtur. *l.* 6. *ff. de except. rei jud.* Nec contrarium liquet ex *l.* 1. §. 4. *ff. de edendo.* & *l.* 12. §. 1. *ff. de adqu. vel amitt. poſſ.* quarum altera ad primam editionem altera ad mutationem actionis pertinet. Poterat itaque actor duas edere actiones, proteſtatus, ex altera ſe velle conſequi, quod ſe contingat: poteſt & relicta actione petitoria ad poſſeſſorium confugere, ſed non duas actiones cumulare. Totum id jus ex jure canonico videtur proficiſci, quod praxis ſequitur. Ceterum hæc docet, frequenter cumulari actionem perſonalem ex teſtamento & hypothecariam, (modo non agatur adverſus tertium poſſeſſorem, contra quem ex teſtamento agi nequit,) non autem rei vindicationem & hypothecariam, quum alterutra ſufficiat. HEIN.

TEXTUS.

Collatio legatorum & fideicommiſſorum.

3. *Sed non uſque ad eam conſtitutionem ſtandum eſſe exiſtimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem ſtricte concludentem; fideicommiſſis autem, quæ ex voluntate magis deſcendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: neceſſarium eſſe duximus, omnia legata fideicommiſſis exæquare, ut nulla ſit inter ea differentia: ſed quod deeſt legatis, hoc repleatur ex natura fideicommiſſorum: & ſi quid amplius eſt in legatis, per hoc creſcat fideicommiſſorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permiſtim de his exponendo ſtudioſis adoleſcentibus quandam introducamus difficultatem, operæ pretium eſſe duximus, interim ſeparatim prius de legatis, & poſtea de fideicommiſſis tractare: ut natura utriuſque juris cognita, facile poſſint permiſtionem eorum eruditi ſubtilioribus auribus accipere.*

NOTÆ.

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*) Vid. Ulp. *d. tit.* 25. Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. *Theoph. hic.*

Neceſſarium eſſe duximus) *l.* 2. *comm. de legat.*

Nulla ſit inter ea differentia) Scil. in ipſa re. Ait enim ſe non verbis, ſed rebus leges imponere, *d. l.* 2. Itaque eſſentialis differentia legati & fideicommiſſi ſublata non eſt: ſed quod verbis directis & imperativis legis modo eſt relictum, adhuc legatum, & quod precariis, fideicommiſſum eſt. Sed neque ea differentia ſublata, quam facit manifeſta voluntas teſtatoris; cujus rei exemplum habemus §. *pen. inſ. de ſing. reb. per fid. rel.*

COM-

1. *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommiſſorum itidem eſſe Juſtinianum.*
2. *Cur ſtricta legatorum natura, & quibus cancellis circumſcripta fuerit?*
3. *Cur pinguior ac laxior fideicommiſſorum, & quibus in rebus?*
4. *Exæquatione hac non eſſe ſublatam utriuſque relicti differentiam eſſentialem.*
5. *Quando amplius fuerit in legato, quam in fideicommiſſo?*

SUperiore §. didicimus legata omnia inter ſe exæquata eſſe, hic docetur, ea etiam omnia & in omnibus exæquata eſſe fideicommiſſis, hoc eſt, communicatam ac confuſam invicem etiam legatorum
1 omnium & fideicommiſſorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Juſtinianus eſt, *l.2.C.comm. de legat.* quod etiam hoc loco expreſſe profitetur. Et verum eſſe vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommiſſa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Cajus *lib.*II. commemorant, certe maxima earum pars, uſque ad tempora Juſtiniani permanſerunt. Quamobrem dubitandum non eſt, quin illud, quod apud Ulpianum *l.1.de legat.*1. legimus, *per omnia exæquata eſſe legata fideicommiſſis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando, ea traxerit ad conſtitutionem Juſtiniani, jam biennio fere ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim conceſſu Principis hanc poteſtatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu ſuo & adjicere quædam, & detrahere ſcriptis veterum poſſent. *l.*I. *C. de vet. jur. enucl.* Idque in plurimis locis ab iis factum eſſe animadvertere licet, vid. Govean. I. *var. lect.*29. Duar. II. *diſp.*9. Don. VIII. *comm.*2. Baron. Hotom. Weſemb. *hic.* Covar. *in c. Raynaldus.* §.1.*n.*3.*x.de teſtam.* Aliter & diverſimode hoc expediunt Cujac. VIII. *obſ.*4. Ræward. III. *var.* 4. Robert. 2. *ſent.* 23. quorum explicationes etſi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi ſumus, hanc legatorum & fideicommiſſorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommiſſa ſpecialia, quibus ſcilicet res ſingulæ relinquuntur; ad univerſalia ſive ad hæreditates fideicommiſſarias non pertinere. Is enim, cui ex fideicommiſſo reſtituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberius *inf. de fideic. hær.*

Stricte concludentem) Id eſt, ſtrictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum anguſtias, & voluntates teſtantium juris
2 ſubtilitati ſubjicientem. Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibuſdam & ſolemnibus ac præſcriptis verbis utendum erat, ſicut & in hæredis inſtitutione, nec aliis verbis, relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *l.7. de vulg. & pup. l.ult. C.de teſtam.* qualia ſunt: *do, lego, capito, ſumito, habeto, hæres meus damnas eſto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa ſunt, & legislationis propria, reſpexit Ulp. *in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Ceterum priſca illa & præciſa verborum obſervantia jam ante Juſtinianum ſublata fuit, ut intelleximus in §. *præc.* Voluntas quoque teſtantis cancellis quibuſdam in legando circumſcripta erat. Siquidem legatum relinqui non poterat niſi in teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis, §. *præterea.* 10. *inf. de fideic. hær.* Cajus *lib.* II. *tit.*7. Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis inſtitutionem, nec poſt mortem hæredis, nec a legatario aut fideicommiſſario, ſed a ſolo hærede, §. *ante.* 34. *& ſeq. inf. eod. & tit. de ſing. reb. per fideic. rel. in pr.* Ulp. *hoc tit.* §. *poſt mortem.* 16. & §. *a legatario.* 20. Cajus *dict. tit.* 7. Denique verba legatorum ſtricte accipiebantur, neque in his, ſi perſpicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjecturæ, aut quæſtio voluntatis. *l. ille.* 25. §. 1. *de legat.*3.

Ex voluntate magis deſcendunt) Quam ex lege aut certo jure. Quod ſignificat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cum ait *fideicommiſſum non ex rigore juris civilis proficiſci, ſed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommiſſis parum referebat, quibus verbis relicta eſſent, modo certa eſſet teſtatoris voluntas. *l. cum virum* 16. *C. de fideic.* adeo ut fideicommiſſum non minus Græco, quam Latino ſermone recte relinqueretur, *l.* II. *in pr. de legat.* 3. Ulp. *d. tit.* §. *item Græc.* 9. Hoc amplius etiam nutu fideicommiſſa poſſe relinqui, placebat, *l. nutu.* 21. *d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommiſſi, etſi ea minime obſcura eſſent, magis tamen voluntas, quam verba, ſpectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. l.*16. *C. de fideic. l. quiſquis.* 95. *de legat.*3. 3

Pinguiorem naturam indulgentem) Non ea adſtringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coercentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommiſſis, quam in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quæ legatum vitiaſſe diximus, oberat fideicommiſſo. Poterat & ab inteſtato relinqui, & codicillis teſtamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis inſtitutionem & poſt mortem hæredis. Poterat & a legatario & a fideicommiſſario, ut ſupra allegata ſimul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommiſſa differentiæ, quarum Ulp. *tit.* 25. & Caj. *lib.* II. *tit.*7. meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit. VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat, iis fideicommitti poſſet. §.1. *Inſt. de fideic. hæred.* Hinc deportatis, orbis, in cœlibatu viventibus legari non poterat, quum poſſet fideicommiſſum relinqui, immo & Latinis, quum hi legatum non caperent, niſi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulp. *tit.*17. §.1. & *tit.*25. §.7. Unde omnino apud Ulp. *tit.*25. § 6. legendum videtur: *Fideicommiſſa dari poſſunt his, quibus legari non poteſt.* Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum eſſe, nondum conſtat. HEIN.

Ut nulla ſit inter ea differentia) Hoc eſt, ut una ſit eorum natura, ut jam non amplius, ſicut olim, diverſa eorum vis ſit, ac poteſtas. Hoc enim exæquare eſt, alterius vim ac naturam alteri communicare; quemadmodum hoc Imperator ipſe mox explicat & in *d. l.* 2. *C. comm. de leg.* Itaque nunc legata æque ac fideicommiſſa & ab inteſtato, & nutu, & a legatario,

rio, &c. relinqui poterunt, & voluntas legantis ſer-
4 vabitur. Quod ideo monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione eſſentialem harum rerum differentiam ſublatam eſſe, & quod verbis directis ac imperativis relictum eſt, etiam fideicommiſſum factum; & contra quod precariis, legatum: quod eſſet abſurdum. Nam voluntas teſtatoris legatum aut fideicommiſſum facit & diſcernit. Ac proinde etiam adhuc fieri poteſt, ut aliquo caſu diſſimilem hæc neceſſario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti; quam non evertere, ſed conſervare Juſtiniano propoſitum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommiſſo libertatis. *§. pen. inſ. de ſing. reb. per fideic. rel.* Quinque alias differentias refert Giphanius quas exiſtimat poſt exæquationem noſtram adhuc relictas: ſed perſpicuo errore, nec digno, qui confutetur.

5 *Si quid amplius eſt in legatis*) Mutua igitur eſt hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat, quam in fideicommiſſis, quod aliquando, & ſcilicet legata re teſtatoris propria, dominium recta in legatarium tranſibat, ex fideicommiſſo nunquam: item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex teſtamento, aut quo caſu dominium translatum erat, etiam rei vindicatio: de fideicommiſſis una tantum competebat extraordinaria perſecutio. De quo dicendum amplius *inſ. tit. de fideic. hær.* §. 1. Ceterum etiam hanc differentiam ſuſtulit Juſtinianus, & fideicommiſſa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iiſdem quoque actionibus, quibus legata, peti poſſint. *l.* 1. & 2. *C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & poſtea de fid.) Hinc eſt, quod Juſtinianus in progreſſu aliquando ita diſſerit, tanquam inter legata & fideicommiſſa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum eſt eum una cum ceteris ſublatas voluiſſe. Veluti in §. *præterea.* 10. *inf. de fideic. hæred.* ubi ait, legata niſi ex teſtamento non valere. Et in *pr. tit. de ſing. reb. per fid. rel.* ſic loquitur, quaſi a legatario etiamnum legare non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re Teſtatoris, hæredis, aliena, cujus non eſt commercium.

4. *Non ſolum autem teſtatoris vel hæredis res, ſed etiam aliena legari poteſt, ita ut hæres cogatur redimere eam, & præſtare; vel ſi eam non poteſt redimere, æſtimationem ejus dare. Sed ſi talis ſit res, cujus commercium non eſt, vel adipiſci non poteſt, nec æſtimatio ejus debetur; veluti ſi quis campum Martium, vel baſilicas, vel templa, vel quæ publico uſui deſtinata ſunt; legaverit. Nam nullius momenti tale legatum eſt. Quod autem diximus, alienam rem poſſe legari, ita intelligendum eſt, ſi defunctus ſciebat, alienam rem eſſe, non ſi ignorabat. Forſitan enim ſi ſciviſſet, alienam rem eſſe, non legaſſet, & ita divus Pius reſcripſit. Et verius eſt, ipſum qui agit, id eſt, legatarium, probare oportere, ſciviſſe alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere, ignoraſſe alienam. Quia ſemper neceſſitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

4. *Cujus commercium non eſt*) Ejus rei, quæ abſolute commercio exemta, legatum prorſus inutile eſt: cujuſmodi ſunt, quæ hic & in *l.* 39. §. 8. & *ſeqq. eod.* 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter conſiſtit, quæ ædibus juncta ſunt, *l.* 41 cum 2. *ſeqq. eod.* Quid ſi vel teſtator, vel hæres, commercium rei non habeant? Reſp. ſi legatarius habeat, utile eſſe legatum. *l.* 49. §. 3. *eod.* 2. fac. *l.* 34. *de verb. obl.* ſin minus, non valere. *d. l.* 49. §. 2. *d. l.* 34. Non obſtat, *l.* 114. §. 5. *eod.* 1. neque *l.* 11. §. 16. *eod.* 3. illa tibi quod reſpondeas ipſa ſubminiſtrat: in hac agitur de legato militiæ, cujus natura æſtimatio continetur. *d. l.* 49. §. 1. in *l.* 40. *eod.* delenda videtur ſecunda negatio, alioqui illa abundant, *cujus commercium legatarius non habeat*. Cujac.

Legatarium probare) Hoc idem iiſdem verbis Marcian. tradit *l.* 21. *de prob.* fac. *l.* 23. C. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum legatum conſiſtat, aut non conſiſtat?*
2. *Legem 12. tab. non impedire, quominus res aliena legari poſſit. Et num jus Canonicum?*
3. *Quid juris ſit in legato rei communis? Quæſtio ſubtilis & elegans.*
4. *Effectus legati rei alienæ.*
5. *Legatum rei ſimpliciter exemtæ commercio, aut uſibus Principis deſervientis, prorſus inutile eſſe. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus juncta.*
6. *Rei exemtæ commercio certæ perſonæ legatum valere, ſi legatarius commercium habeat; ſin minus, ſecus; ſubjecta pleniſſima ſolutione omnium, quæ obſtare videantur.*
7. *Quid juris, ſi feudum legatum ſit?*
8. *Legatum rei alienæ, niſi ſingulari conjectura adjuvetur, cum demum valere placeat, ſi teſtator ſciverit, alienam eſſe: & cur legatario ejus rei probatio incumbat?*

INchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari poſſunt, aut non poſſunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat; nec eſt ſine multiplici diſtinctione
pervius. Primum hoc in genere teneamus, non ſo- 1
lum res ſpeciatim ſic dictas, ſed etiam facta legari poſſe, ut qui juſſus eſt facere, parere debeat: nec ſolum res corporales, ſed etiam incorporales, puta uſumfructum, ſervitutem, nomen. Deinde poſſe legari non modo res, quæ actu ſunt in rerum natura, ve-

verum etiam, quæ futuræ ſperantur: quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt, earum legatum inutile eſſe. De quibus omnibus accuratius agemus ſuis locis. Porro intereſt, utrum res legata ſit in commercio, an non ſit: & ſi extra commercium utrum ſimpliciter atque in totum, ut ſunt res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti eſt: an vero res talis ſit certo reſpectu, & vel ob ſpecialem circumſtantiam commercio exemta, cum alioqui per ſe & conditione ſua ſit in commercio, cujuſmodi ſunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta: quæ inutiliter itidem uno atque altero caſu excepto legantur; vel exemta commercio quorundam, non omnium, ut mancipium Chriſtianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus, *t. C. ne mancip. Chriſt.* item militia, hoc eſt, officium alicujus eorum, qui in aliqua ſchola ſeu ordine inter ſtatutos relati ſunt, ex quo ſalaria a Principe conſequuntur; cujuſmodi officiorum conſtat quoque non omnes jure capaces eſſe. vid. Cujac. *in l.3. §. ſi quid minori.7. de minorib.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium eſt, cum præſide non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo poſt. Quæ res legata in commercio eſt, ea vel eſt teſtatoris propria, vel non eſt, & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, quæ in hoc argumento ſpecialiter dici ſolet res aliena. De re hæredis ſcriptum hic eſt, eam non minus, quam rem teſtatoris, legari poſſe: neque ullam hoc dubitationem habet: adeo ut hujuſmodi legatum valet, etiamſi teſtator exiſtimaverit, rem ſuam ſe legare. *l. unum. 67. §. ſi rem. 8. de leg. 2.* De re legatarii legata diſtincte dicetur, *inf. ſub §. ſed ſi rem. 10.* De re aliena hic itidem traditum eſt, eam utiliter legari: cum ea tamen diſtinctione, quam legatum rei teſtatoris aut hæredis propriæ non recipit. Poſtremo illud quoque generaliter tenendum eſt, nullius eſſe momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis ſint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius *ſub §. ex contrario. 14.*

Sed etiam aliena) Etiam res alienas legari poſſe, ſemper conſtitit, & poſſe, etiamſi difficilis earum paratio ſit, ut ait Juriſconſultus *l. cum ſervus. 39. §. conſtat.*
2 *7. de legat. 1.* nec obſtat lex duodecim tabularum, quæ tantum de ſuo legandi poteſtatem facit. *l. verbis. 120. de verb. ſign.* Nam qui legat rem alienam, de ſuo legare intelligitur. Onerat enim hæredem, ut rem redimat, & redemptam præſtet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur. Sicut indicat *l. qui quatuor. 30. §. ult. de legat. 3.* & expreſſe teſtatur Ulpian. *in fragm. ſub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta, *do, lego*, aut ſimilibus. Sed & rem hoſtium legari poſſe placuit, ſi modo in ea cauſa ſit, ut aliquo caſu emi poſſit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus. 104. §. 1. de legat. 1.* Ejus rei, quæ apud hoſtes eſt, bello ſcilicet capta legatum omnimodo conſiſtit jure poſtliminii, *l. 9. l. ſi ſervus. 98. eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. ſilius. 5. x. de teſtam.* ubi videtur ejuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat, ſpeciem *d. c.* eſſe ſingularem, quod res alterius Eccleſiæ legata proponeretur ſepulturæ cauſa: & ideo extra ſpeciem illic propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque Mantic. *IX. de conj. ult. vol. x.* Fachin. *v. contr. 38.* At enim negari non poteſt, quin Pontifex in *d. c.* oſtenderit, ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cum id magis *ſæculi legibus*, quam *legi Dei* convenire ſignificet. Quamobrem D. Tulden. *hic cap. 5.* fatetur quidem, improbari a Pontifice hanc juris civilis diſpoſitionem: ceterum cum eam expreſſe non abroget, merito eam adhuc obtinere debere contendit: maxime cum probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi ſupremis hominum deſideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem a domino redemtam, aut eo nolente vendere, juſtam rei æſtimationem legatario præſtet. Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putaſſe, rei alienæ legatum legibus ſæculi ita ſuſtineri, ut eam rem, velit nolit, dominus ſuo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemtione rei alienæ, aut pretii illius præſtatione oneretur, conſtat, legi divinæ minime repugnare. Quæſitum eſt, quid juris ſit in legato rei 3
communis. Finge teſtatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legaſſe Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, ſi teſtator ſic dixerit, *fundum meum.* Hic enim portionem tantum deberi, id eſt, partem, quæ teſtatoris fuit, non alienam, diſerte reſpondet Paul. *l. 5. §. ult. de legat. 1.* & addit, hoc conſtare, ut oſtendat, certi juris eſſe, non controverſi. Quippe & verba & mens teſtatoris hic pro hærede faciunt. Verba, quia *fundum meum* recte interpretamur, quatenus meus eſt: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum eſt, *l. in re communi. 26. de ſerv. præd. urb. l. ſi quis. 74. de legat. 3. l. 2. de cond. inſt.* quamvis totum meum eſſe non recte dicatur, *l. recte. 25. de verb. ſign.* Mens teſtatoris, quia etiamſi res dubia eſſet, non facile crederetur teſtator onerare hæredem ſuum voluiſſe neceſſitate redimendi. *l. unum. 67. §. ſi rem. 8. de legat. 2.* Sed dubitatur, ſi teſtator non dixerit, *fundum meum* aut *qui meus eſt*, ſed ſimpliciter fundum ſibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ teſtatoris fuit? Accurſius exiſtimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam teſtator ſcivit alienam eſſe, valet, & in propoſito fundus, ſi in totum eſſet alienus, totus deberetur. Quod & Donello viſum in *l. 10. C. de legat. n. 2.* Sed contrariam ſententiam, quam probant Bart. Bald. Jaſ. Ang. Zaſ. Duar. in *d. l. 5. §. ult. de legat. 1.* Mant. *IX. de conj. ult. vol. tit. 1. n. 12.* veram eſſe exiſtimo, partem tantum deberi. Quippe longe diverſa ratio eſt in caſu propoſito rei in totum alienæ, & pro parte meæ. Si res legata tota aliena eſt, non poteſt videri teſtator revocaſſe modum legati ad partem aliquam ſuam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi poteſt, quam voluiſſe legare totam. At cum pars tantum teſtatoris fuit, omnino credibile eſt, eum potius de ſua illa parte cogitaſſe, quam voluiſſe hæredem ſuum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficaciſſima eſt.

ult. *l. unum 67. §. ſi rem. 8. de leg.2. l. Sticho.36.in fin. de uſufr. leg.* Eandem rationem habet, quod in ſpecie fundi vectigalis legati reſponſum eſt, non videri proprietatem legatam, ſed jus, quod in eo teſtator habuit. *l. ſi domus. 71. §. ult. de legat.1. fac. l.14. de inſtruct. vel inſt. leg. l. 30. §.4. de legat.3.* Plane, ſi teſtator nominatim dixerit, ſe legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, reſponderem, utramque partem, & tam alienam, quam teſtatoris, deberi; *arg. l. Juliano. 68. in pr. de legat. 3.* Fuſius hanc quæſtionem tractamus *lib.11. ſelect. quæſt. cap.26.*

Si eam non poteſt redimere, æſtimationem ejus dare)
4 Effectus legati rei alienæ hic eſt, ut hæres eam rem teneatur redimere & præſtare, aut ſi redimere non poſſit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non niſi immodico pretio vendere velit, juſtam æſtimationem inferre, *l. ſi domus 71. §.3. de legat.1. l. non dubium. 14. §. ult. l. qui quatuor. 30. §. ult. de legat. 3.* & competit legatario eo nomine actio perſonalis ex teſtamento. In rem hoc caſu competere non poteſt, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium ejus rei recta a morte teſtatoris ad legatarium tranſeat. Hæc vero ita obtinent ſi teſtator rem alienam legavit ſciens: ſecus eſt, ſi ignorans, ut paulo poſt audiemus.

Si talis ſit res, cujus commercium non eſt, nec æſtima-
5 *tio debetur*) Ejus rei, quæ ſimpliciter atque abſolute extra commercium eſt, legatum inutile prorſus atque inane eſt, ut nec æſtimatio debeatur. Cujus generis ſunt res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, uſibus publicis deſtinatæ. *l. cum ſervus. 29. §. pen. de legat.1.* Idem eſt, ſi legata ſit res, quæ uſibus Principis deſervit, veluti horti Saluſtiniani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæſaris ſunt; quippe quarum rerum commercium non eſt ſine juſſu Principis, & furioſi eſt, talia legata adſcribere *d. l. cum ſervus. §. antepen. & ult.* Sed neque earum rerum legatum regulariter conſiſtit, quæ ædibus junctæ ſunt, ut puta columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem ne his rebus legatis æſtimatio debetur, *l. cæteras 41. cum 2. ll. ſeq. d. tit.* Excipiuntur duæ cauſæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una eſt in *d. l. cætera. §. ſed ſi quis. 5.* altera in *l.11. §. ſi quis illicite. 14. de legat.3.* nimirum quia in utraque ea ſpecie ceſſat ratio, ob quam hæ res legari, aut negotiandi cauſa eximi prohibentur, quæ hæc eſt, ne ruinis deformetur aſpectus publicus. *l.2. C. de ædif. priv.*
6 Hæc omnia liquida ſunt & cunctis probata. Quod ſi certæ alicujus perſonæ commercio res exempta eſt, refert, teſtator is aut hæres ſit, an legatarius. Si teſtator, utile nihilominus eſt legatum, ſi legatarius commercium habeat: nam & utilis eſt ſtipulatio, ſi rei in ſtipulatum deductæ commercium habeat ſtipulator, licet promiſſor non habeat; *l. multum.34.* de *verb. obl.* Idemque eſt, ſi hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic perſona hæredis; utpote a quo res mox habitura eſt, conſiderari debet. Textus eſt in *l. mortuo bove. 49. §. ſed Proculus.3. de legat.2.* Hæc quoque extra dubitationem poſita ſunt, & uſu, uti & ſuperiora, recepta. Grot.11. *manuduct. 12. verſ. pen.* Quod ſi legatarius commercium non habeat; traditum eſt, legatum non valere, *dict. l. mortuo bove. §.2.* cui ſimile eſt, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter ſtipulatur, *dict. l. 34. de verb. obl.* & quod donari non poteſt, quod donatario acquiri non poteſt, *l. 9. §. ult. de donat.* οἷον χριστιανὸν ἀνδράποδον αἱρετικῷ προσώπῳ, ut ibi Græci. Ceterum non eſt hoc æque expeditum, ac præcedentia. Nam primum obſtare videtur, quod reſponſum eſt, militia ſervo alieno legata, domino æſtimationem deberi, modo teſtator ſciens eam ſervo legaverit, *l.11. §. ſi ſervo. 16. de legat. 3.* Atqui ſervus militiæ capax non eſt. Reſpondeo, ſervis ademptam eſſe totius juris civilis communionem. Sed ſciendum, teſtamenti factionem cum ſervis ex perſona dominorum introductam, ut proinde, si domino militia relinqui potuit, & ſervo poſſit, atque in perſona ſervi ipſi domino relicta videatur, *l. non minus.31. de hæred. inſt.* Eo fit, ut si teſtator ſervo alieno militiam legaverit, legatum utile ſit, & æſtimatio, quæ natura legati militiæ continetur, *d. l. 49. §.1. de leg. 2.* debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique, si teſtator non ignoraverit, ſervum eſſe: nam si liberum putavit, ſcriptum eſt in *d. l. 11. §. ſi ſervo. 16.* denegari fideicommiſſi petitionem, addita hac ratione, quia si ſciſſet ſervum, non reliquiſſet. Itaque nec ad dominum quicquam iſto caſu ex legato aut fideicommiſſo redire voluit, reperiturque res relicta ei ſolum, qui commercium ejus non habet. Quod diſtinctionem noſtram confirmat. Secundo refragari putatur *l. filiusfam. 114. §. ſi quid alicui. 5. de legat. 1.* Sed hic locus ipſe tibi quod reſpondeas, ſubminiſtrat. Ait Juriſconſultus, *ſi quid alicui licite fuerit relictum, quod ipſe quidem propter corporis ſui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliamve probabilem cauſam, habere non poteſt, alius tamen habere potuit, æſtimationem deberi.* Proponitur legatum licite relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum eſt. Nemo enim dicet, prædium provinciale licite legari præſidi, aut mancipium Chriſtianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui caſu aliquo & probabili ex cauſa rem habere non poteſt; non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, ſurdo, muto, aut cæco militiam legatam, aut per fideicommiſſum relictam, hoc caſu æſtimatio debebitur; at non deberetur, si ea res relicta eſſet incapaci, argum. *d. l. 11. §. ſi ſervo.16. de legat. 3.* Poſtremo hic objicitur, *l. ſed ſi res 40. de legat.1.* qui locus plus difficultatis habet: ſcriptum enim illic expreſſe eſt, utile eſſe fideicommiſſum & æſtimationem deberi etiam eo caſu, quo fideicommiſſarius jus poſſidendi non habet. Donellus in *d. l. multum.34. de verb. obl.* diſtinguit inter impedimentum poſſidendi; & incapacitatem legatarii, vultque aliud eſſe, non habere jus poſſidendi, aliud, non habere rei commercium. Verum iſta diſtinctio locum habet, ubi quæſtio eſt de conditione perſonæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum eſt. Robertus 11. *animadver. 11.* & alii, intereſſe putant, ſciverit teſtator legatarium ſive fideicommiſſarium incapacem eſſe, an ignoraverit; priore caſu æſtimationem deberi, poſteriore non item. Non diſplicet, quod Cujacius in *d. l. multum.34.* contendit, redundare in *d. l. ſed ſi res. 40.* ſecundam negationem, eamque demendam; ut hic ſit ſenſus, æ-

ſtimationem deberi, ſi res, cujus commercium legatarius non habet; ab eo per fideicommiſſum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ ſententia veriſſima eſt. Nam perſona legatarii in hujuſmodi ſpecie quaſi ſubducitur, perindeque habetur, ac ſi fideicommiſſum recta ab hærede relictum eſſet: eſtque caſus hic ſimillimus ei, qui proponitur in *d. l. mortuo bove.* 49. §. *pen. de legat.* 2. Secunda autem negatione retenta, fit ſcriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet.* Quid enim refert, legatarius, a quo res per fideicommiſſum relicta eſt, commercium ejus rei habeat, nec ne, ſi fideicommiſſarius non habeat, aut non habeat jus poſſidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *d. l. ſed ſi res.* 40. Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus poſſidendi non eſt*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem eſt ille, cui per fideicommiſſum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui poſſidendi jus non eſt*, abundare? Exiſtimat, autem Duarenus in quæſtione propoſita diſtinguendum eſſe ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommiſſum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile eſſe; fideicommiſſum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æſtimationem fideicommiſſario, deberi. Argumento eſſe, quod in iis locis, ubi negatur deberi æſtimatio, agatur de legato, ut in *dict. l. mortuo bove.* 49. *de leg.* 2. §. *pen.* contra ubi æſtimatio dicitur deberi, de fideicommiſſo, ut in *d. l.* 11. §. *ſi ſervo.* 16. *de legat.* 3. & *d. l. ſi filiusfam.* 114. §. *ſi quid alicui.* 5. *de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re, quod Duarenus ſentit, non inelegantem ſibi hujus differentiæ rationem reddere videtur; nimirum quia legatum recta tranſit in legatarium, fideicommiſſum primo conſiſtit in perſona ejus, a quo relinquitur. Ego vero non magni hæc æſtimo. Nam ſi tam inſignis hoc in caſu differentia fuiſſet inter legata & fideicommiſſa, utique ejus meminiſſent Ulp. & Cajus *ſub tit. de fideicom.* ubi harum rerum differentias, ſi non omnes, ſaltem pleraſque & præcipuas recenſent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis, de quo fere hic quæritur, & fideicommiſſum ejuſdem eſſe hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum relinqui poſſunt, poſſint & per alterum, *dict. tit. de fideic.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium tranſit, quam ex fideicommiſſo: ex quo apparet rationem illam differentiæ, quam Bachovius profert, non eſſe uſque adeo
7 elegantem. Quid ſi feudum legatum ſit? Hic æſtimationem deberi negant Gail. II. *obſ.* 154. *n.* 13. Fach. V. *contr.* 37. Vult. I. *de feud. cap.* 9. *n.* 72. Pet. Gregor. XLII. *ſyntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideic. art.* 11. *n.* 103. & *ſeq.* Matheac. *lib.* II. *epit. legat. cap.* 9. *n.* 4. Quorum ſententia probabilior videtur Bachov. *in Treutl. vol.* II. *diſput.* 13. *theſ.* 5. Sed prior apud nos obtinet, ſive teſtator de ſuo feudo diſpoſuerit non interveniente domini conſenſu, D. Grot. II. *manud.* 42. ſive de alieno, niſi aliunde liquido conſtet teſtatorem & æſtimationem præſtari voluiſſe, uti ſupremam apud Mechlinienſes Curiam cenſuiſſe refert D. Chriſtin. *vol.* VI. *deciſ.* 28.

Si ſciebat alienam rem eſſe) Non ſemper res aliena legata debetur: ſed ut ſuperius diximus intereſt utrum quis rem alienam legans, ſciverit rem alienam eſſe, an ignoraverit: ſi ſcivit, debebitur: ſi ignoravit, non item, *l. cum alienam.* 10. *C. hoc tit. l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *eod.* 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione; *forſitan enim*, inquit, *ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet.* Sed unde illud colligimus teſtatorem legaturum non fuiſſe? Ex eo 8
nimirum, quod nemo facile credendus ſit hæredem ſuum onerare voluiſſe redemptione rei alienæ, *d. l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *l. Sticho.* 36. *in fin. de uſufr. leg.* Atque hinc intelligere licet diſtinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, ſed eam omnino deberi, etiamſi teſtator eam ſuam exiſtimans legaverit: nempe cum rei legatæ dominium apud hæredem eſt, tam facile eam hæres præſtare poteſt, quam rem quæ defuncti fuit, *d. l. ſi unum.* §. *ſi rem.* Plane aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indiſtincte debeatur: veluti ſi relicta ſit perſonæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis aut amico ſingulari, aliive tali perſonæ, cui veriſimile eſt teſtatorem quovis modo legaturum fuiſſe, *d. l.* 10. *C. eod.* quod ad legata in piam cauſam relicta traducunt Tiraq. *priv. pia cauſ.* 66. Vaſq. *lib.* III. *de ſucc. progr.* §. 27. *n.* 41.

Legatarium probare oportere) Quia fere in caſu legati rei alienæ quæſtio inter hæredem & legatarium naſci ſolet, dum ille contendit ignoraſſe defunctum rem alienam eſſe, hic contra ſciviſſe, quod porro aliud dubium parit, uti ſcilicet neceſſitas incumbat probandi, hæredine ignoraſſe defunctum, an legatario ſciviſſe: ideo Imperator, quid in hac re juris eſſet, ſimul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in propoſito probationem exigi, ſed legatarium probare oportere, ſciviſſe defunctum rem alienam eſſe, adjecta hac ratione ex notiſſima juris regula, *l. actor.* 23. *C. de prob.* 4. 4. *C. de edend.* quia neceſſitas probandi incumbit ei, qui agit; qui hic legatarius eſt, non hæres. Hoc idem iiſdem verbis & Marcianus tradidit *l. verius.* 21. *de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod hæres præſumptione juris adjuvatur, quæ etſi actoris partes hæres ſuſtineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l.* 8. & 9. *eod. tit.* Plane poteſt hoc jus ex circumſtantiis variare: nam ſi apud alium rei legatæ poſſeſſio ſit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut ſibi aſſeruit, magna cauſa eſt præſumendi pro legatario, ſciviſſe defunctum, rem alienam eſſe, add. Gomez. I. *reſol.* 12. *n.* 13. Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 32. *num.* 5. & *ſeqq.*

T E X T U S.

De re pignorata.

5. *Sed & ſi rem obligatam creditori aliquis legaverit, neceſſe habet hæres eam luere. Et in hoc quoque caſu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere neceſſe habeat hæres, ſi ſciebat defunctus rem obligatam eſſe:*

& ita divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expreſſerit, non debet hæres eam luere.

NOTÆ.

5. *Si rem obligatam*) Fac. *l.* 57. *de legat.* I. *l.* 85. *de dot. præl. l.* 6. *C. de fideic.*

Hæres eam luere) In *d. leg.* 19. *liberare*. Luere eſt pignus ſolutione vel ſatisfactione liberare.

Et hoc expreſſerit) In teſtatoris certa & expreſſa voluntate conjecturis non eſt locus: *l.* 33. *eod.* I.

COMMENTARIUS.

1. *Doctrina hujus §. non obſtare quod alibi traditur, ſi res certa legata ſit, talem dari debere, qualis eſt.*
2. *Interdum etiam tunc cum teſtator neſcivit rem obligatam eſſe, hæredem eam luere debere, & quibus caſibus.*
3. *Quid juris ſit pignore diſtracto?*

RES pignori obligata quodammodo aliena eſt, utpote cujus pretium nobis abſit, quod pro ea liberanda præſtare cogimur, *argum. l. Labeo.* 14. *de verb. ſign.* unde & pignoris obligatio ſpecies quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc eſt, quod in re pignori obligata idem placet, quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quæ legata ſit, luere, id eſt, nexu pignoris liberare, ſoluta creditori pecunia, *hoc text. l. ſi res* 57. *de legat.* 1. *l. licet* 25. *de dot. præl. l. prædia.* 6. *C. de fideic.*
1 Non obſtat quod alibi traditur, ſi res certa legata eſt, talem dari debere, qualis eſt; verbi cauſa ſi fundus, qui legatus eſt, ſervitutem debet, eum cum ſervitute recte præſtari, *l. ſervo* 69. §. 3. *de legat.* 1. ſi ſervus ſtatuliber legatus eſt, ſtatuliberum recte dari, *l. ſervum.* 44. §. *pen.* & *l. ſeq.* §. *ult. eod.* Nam hoc de re teſtatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res oppoſita pignori, quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione reſponſum eſt fundo legato, cujus uſusfructus alienus eſt, hæredem hunc uſumfructum redimere debere, quoniam ſcilicet & in uſufructu res aliena legata videtur: nam etſi uſusfructus non in parte, ſed in jure conſiſtit, emolumentum tamen rei continere, & ideo inſtar obtinere portionis, *l. Mævius.* 66. §. *pen. l. cum filius.* 76. §. *dominus.* 2. *de legat.* 2. Plane, ſi quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc caſu non eſſe cogendum hæredem prædium liberare, poſt Joan. Fab. D. Tuldenus *hic. c.* 11. annotavit; & ita obſervari ait; quoniam ejuſmodi onera plerumque perpetua ſunt, inſtar ſervitutis rei inhærentia, ut proinde non ſit præſumendum; teſtatorem cogitaſſe de liberatione. *Deciſ. Cur. Holland.* 11. *in fin.*

Ita demum, ſi ſciebat defunctus) Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: ceterum tunc res a legatario
2 luenda eſt, *dd. loc.* Duo ſunt caſus, quibus placet etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam eſſe, hæredem pignus luere debere. Unus eſt, ſi teſtator eam rem vel aliam non minoris pretii æque legaturus fuiſſet ſi ſciſſet obligatam, *d. l. ſi res.* 57. *de legat.* 1. *d. l. prædia.* 6. *C. de fideic.* de quo conſtare poterit, ſi vel teſtator id aliquando aperte profeſſus ſit, aut ſi rem conjunctæ perſonæ legaverit, ut ſupra in re aliena, *arg. l. cum alienam.* 10. *C. de legat.* Alter caſus eſt, cum debitum exæquat aut ſuperat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc caſu legatarius ipſe rem liberans nihil reliqui habiturus eſſet, atque inani legato, quod veriſimile non eſt defunctum voluiſſe, ludificaretur, *d. l. ſi res.* 57. *in pr.* ubi ita legendum eſt, *vel niſi non poteſt aliquid eſſe ſuperfluum exſoluto ære alieno.* Ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ & nonnullæ aliæ habent, & in ſua notat Jul. Pacius: non ut vulgo legitur, *vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum*, &c. Nam hac lectione retenta, hic Juriſconſulti ſenſus fuerit, ut recte Fachin. *lib.* XII. *contr.* 43. quotieſcunque plus eſt in re legata, quam in debito, pro quo obligata eſt hæredem eam luere debere, etiam ubi neſcivit teſtator obligatam eſſe: quod & verum eſſe exiſtimat Fachin. *d. loc.* & D. Tulden. *hic. c.* 11. Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam rariſſime fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æſtimatio non ſuperet quantitatem crediti. Donellus VIII. *comm.* 19. alium ſenſum vulgatæ lectioni affingit, nimirum cum debitum excedit pretium rei legatæ, quam teſtator obligatam neſciebat, pro ea quidem quantitate, quæ rei pretio reſpondeat, legatarium luiturum: ceterum quod reſtat adhuc exſolvendum, ut pignus in totum liberetur; id ab hærede præſtandum: quam interpretationem verba iſta, *ſi poteſt eſſe aliquid ſuperfluum exſoluto ære alieno*, minime ferunt. Illud hic monendi ſumus, tunc ſolum hæredem poſſe pignus luere, cum id nondum a creditore legitime diſtractum eſt. Diſtracto 3
pignore res in priorem ſpeciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium tranſlato, *l. non eſt novum.* 46. *de acq. rer. dom. l. ult. C. ſi vend. pign. agat.* Proinde hoc caſu id ſupereſt, ut hæres aut rem redimat, aut ſi redimere non poſſit, æſtimationem ejus præſtet; niſi contraria defuncti voluntas ab hærede oſtendatur, *d. l. prædia.* 6. *C. de fideic.* VINN. Quum vexatiſſima ſit *l.* 57. *ff. de leg.* 1. Stephani autem & Baudozæ lectio & violenta videatur, nec præſidium in vetuſtis Codicibus MSS. reperiat: omnino videtur Donelli ſententia liquidiſſima. Ponit primo Ulpianus regulam bimembrem. Si teſtator ſcivit, rem obligatam, tunc hæres luit, niſi alio animo fuerit. Sin neſcivit teſtator, tunc luit fideicommiſſarius. Jam ſequuntur exceptiones aliquot ad poſterius membrum pertinentes: (1) niſi ſi vel hanc vel aliam rem relicturus fuiſſet, ſi ſciſſet. (2) *vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum exſoluto ære alieno*, id eſt, niſi exſoluto ære alieno nihilominus aliquid ſuperfluum manet, quod ſolvendum, e. g. uſuræ diu *non* ſolutæ, tunc id quod ſolvendum ſupereſt, ab hærede ſolvendum. Ad hunc caſum etiam pertinent verba ſequentia, in quibus fruſtra Ant. Fab. *lib.* XI. *Conj. cap.* 10. & Donell. *lib.* VIII. *cap.* 19. pro *noluerit* legunt *voluerit*. Qua emendatione non opus eſſe, ſi verſiculus ille ad hunc caſum referatur, jam oſtendit Oſw. Hillig. *Donell. Enucl. ib. litt.* Q. HEIN.

Voluerit legatarium luere & hoc expreſſerit) Ratio ma-

niſeſta eſt, quia in certa voluntate teſtatoris conjecturis non eſt locus; ſed ſimpliciter ſtandum eſt voluntati defuncti, *l. ſi pluribus.* 33. *de legat.*1.

Textus.

De re aliena poſt teſtamentum a legatario acquiſita.

6. Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo teſtatore legatarius dominus factus fuerit, ſiquidem ex cauſa emptionis, ex teſtamento actione pretium conſequi poteſt; ſi vero ex cauſa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia ſimili cauſa, agere non poteſt. Nam traditum eſt, duas lucrativas cauſas in eundem hominem & eandem rem concurrere non poſſe. Hac ratione ſi ex duobus teſtamentis eadem res eidem debeatur, intereſt, utrum rem, an aſtimationem, ex teſtamento conſequutus ſit. Nam ſi rem habet, agere non poteſt: quia habet eam ex cauſa lucrativa: ſi aſtimationem, agere poteſt.

Notæ.

6. *Traditum eſt duas lucrativas*, &c. Omnes debitores, qui ſpeciem ex cauſa lucrativa debent, liberantur, cum ea ſpecies ex cauſa lucrativa ad creditores pervenit, *l.* 17. *de obl. & act.* fac. *l.* 108. §. 4. *de leg.* 1. *l.* 66. §. 1. *eod.* 2. *l.* 83. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *de ſolut.* Ratio eſt; quia cum creditoris jam res eſſe cœperit, in eum caſum devenit obligatio, a quo incipere non potuit. §.10.*inf. eod.* §. 2. *inf. de inut. ſtip.* §. 14. *inf. de act.* Diverſa ratio eſt cauſæ onerosæ: quia, cui pretium abeſt, ei adhuc res ipſa abeſſe videtur. *l.*14. *de verb. ſign.*

Commentarius.

1. *Diſtinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cum res legata mortuo teſtatore ad legatarium pervenerit.*
2. *Duarum cauſarum lucrativarum in eandem rem & perſonam concurſum eſſe ſpeciem liberationis, & quo ea pertineat?*
3. *Quid ſi eadem res eidem ſæpius legata ſit eodem teſtamento?*
4. *Quid ſi eadem quantitas eidem legata vel unius teſtamento, vel duorum?*
5. *Si duorum teſtamentis eadem res relicta ſit, eum qui rem nactus eſt, poſſe ex altero adhuc aſtimationem petere: non contra, & cur tam varie?*

SI res legata tempore facti teſtamenti legatarii fuit, legatum inutile eſt, ut docetur *inf.* §. *ſed ſi rem.*10. Quod ſi eo tempore aliena eſt, & legatarius poſtea ex alia cauſa dominium ejus nactus ſit, placet, inſpiciendum eſſe, quali ex cauſa nactus ſit, ex onerosa, an lucrativa; ſi ex cauſa onerosa, actione ex teſtamento eum agere poſſe, & pretium conſequi: contra ſi ex lucrativa, non poſſe, propter regulam, quæ definit, duas cauſas lucrativas in eandem rem & perſonam concurrere non poſſe: quam ſtatim explicabimus. Cauſa onerosa eſt, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid viciſſim præſtemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam cauſa onerosa intelligitur. *l. ex promiſſione.*19. *de obl. & act.* Lucrativa cauſa eſt, propter quam accipienti nihil abeſt, quales ſunt legatum, fideicommiſſum, donatio, *l.* 4. §. *ſi quis.* 29. *de dol. mal. exc. l. inter.* 83. §. *ſi rem.* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum.* 61. *de ſolut. l. un.* §. *lucrativas. C. de imp. lucrat. deſcript.*

Si res aliena legata fuerit) Ab eo ſcilicet, qui ſciebat, rem alienam eſſe: alioqui legatum inutile eſt, niſi ſingulari conjectura voluntatis ſuſtineatur, ut oſtenſum ſupra in explicatione §. 4.

Vivo teſtatore) Exempli cauſa hoc dictum putant Gloſſ. & DD. idemque obtinere, quamvis id contigerit teſtatore mortuo: quibus aſſentior. Nam etſi hæreditatem aditam ponamus, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum eſſet, nempe hæredem liberari, ſi antequam rem redimere & præſtare poſſet, ea ex alia cauſa lucrativa ad legatarium pervenerit juxta regulam generalem traditam in *l. omnes* 17. *de obl. & act.* Proinde frivolum eſt, quod objicit Bachov. diem legati cedere a morte teſtatoris. Sed quid ſi legatarius eandem rem iterum vivo teſtatore alienaverit, an legatum convaleſcet? Negant comm. DD. Sed ego ſubſiſto propter *l. non quocunque.* 82. *in pr. de legat.* 1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in propoſito non extingui, niſi die legati cedente dominium rei adhuc apud legatarium exiſtat.

Ex cauſa emptionis, & c. pretium conſequi poteſt) *l. plane.*34. §. *quod ſi.*7. *de legat.*1. add. *l ſi a ſubſtituto.*45. *l. hujuſmodi.*84. §. *qui ſervum.* 5. *eod. tit.* & quidem ſi rem totam emit, aliove oneroſo titulo acquiſivit, pretium totius; ſi non totam, ſed partem, pretium partis, quam emit, conſequetur. *d. l. non quocunque.*82. §.3.

Duas cauſas lucrativas in eundem hominem & eandem rem) Definitio generalis, cui locus eſt non tantum, ſi ex cauſa legati aut fideicommiſſi res debeatur, *l. ſi ſervus.* 108. §. *Stichum.* 4. *de legat.*1. *l. Mævius.*66. §.1. *de legat.*2. *l. nutu.* 21. §.1. *de legat.* 3. ſed etiam ſi ex aliis cauſis ſimiliter lucrativis, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act. l. inter ſtipulantem.* 83. §. *ſi rem.* 6. *de verb. obl. in perpetuum.*61. *de ſolut.* Eſt enim duarum lucrativarum cauſarum circa eandem rem & perſonam concurſus ſpecies liberationis. *d. l. omnes.*17. *de obl. & act.* quæ, ut ego exiſtimo, referenda eſt ad eas cauſas, in quibus res incidit in eum caſum, unde incipere non potuit, §. 2. *inf. de inut. ſtip.* Cum enim res, quæ ex lucrativa cauſa debetur, ad creditorem pervenit ex alia cauſa lucrativa, cœpit res ejus eſſe, ut jam amplius ejus fieri non poſſit. §. *ſic itaque.*14. *inf. de act.* Dices, idem contingere, ſi res ad creditorem pervenit ex cauſa onerosa. Cur igitur pariter hoc caſu non accidit, ut alius liberetur, qui eandem rem ex cauſa lucrativa debet? Nimirum quia cum ex cauſa onerosa creditor rem nactus eſt, licet domini jure non minus, quam ſi ex cauſa lucrativa nactus eſſet, eam habeat:

eam-

emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum perveniſſe, ſecundum veterum doctrinam, qui ſic definiunt, rem abeſſe videri ei, cui pretium abeſt. *l. Labeo.*14.*de verb.ſign.* Porro locus eſt propoſitæ regulæ, ſi certa res ſit aut ſpecies, quæ debeatur: nam ſi certa quantitas aut ſumma bis, verbi cauſa, legata ſit, non poteſt dici eandem rem deberi, *l. plane.* 34. §. 3. *de legat.* 1. *l. Titia.* 87. *de legat.* 2. quamvis, ſi ab eodem, multiplicatio legati non præſumatur. *d. l. plane.* 34. §.3. Exigit regula, ut ea ſpecies ad creditorem pervenerit, *d.l.omnes.*17. *de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda ſunt, ſi ſic pervenerit, ut ſit manſura: alioqui ſi in ea cauſa ſit, ut avocari poſſit, aut ea lege legata, ut alteri reſtituatur, definitio locum non habet. *l. non quocunque.* 82. *in pr. & §.*1. *de legat.* 1. *l.in perpetuum.* 61. *de ſolut. fac. l. aliud.* 71. *de verb. ſign.*

3 *Si ex duobus teſtamentis eadem res*) Ait *duobus*, id eſt, *duorum teſtamentis.* Nam ſi eadem res eidem ſæpius legetur eodem teſtamento, amplius quam ſemel peti non poteſt, ſufficitque vel rem conſequi vel rei æſtimationem, *l.plane.* 34. §.1. *de legat.* 1. Quippe ſæpius idem legando non ampliat teſtator legatum, *l.ſi alii.* 42.*de uſufr.* nec tam legaſſe ſæpius, quam ſæpius locutus creditur, *l.Mævius.*66.§.*eum.*5.*de legat.*2. *l. ſi tibi.* 86.§.1.*de legat.*1. niſi manifeſte conſtet ampliandi legati cauſa ſæpius legaſſe: ut in hac ſpecie; Duos quis ſcripſit hæredes, & damnavit unumquemque ſolidam rem legatario præſtare; hic idem eſſe reſponſum eſt, atque ſi duobus teſtamentis legatum eſſet,
4 *l.quid ergo.*53.§.2.*de legat.*1. Ait *eadem res*, id eſt, *eadem ſpecies, idem corpus*, nam ſi eadem quantitas eidem duorum teſtamentis relicta ſit, puta centum aurei, ſolidum legatum ex utriuſque teſtamento peti poteſt: quamvis ſi in eodem teſtamento, non aliter placeat legatum ſæpius præſtandum, quam ſi legatarius doceat teſtatorem multiplicare ſummam voluiſſe: præſumitur enim potius repetiiſſe legatum, quam voluiſſe multiplicare, *d.l.plane.*34.§.3.niſi forte diverſis ſcripturis legaverit, puta teſtamento & codicillis: tunc enim niſi hæres contrarium oſtendat, legatum duplicatum præſumitur, *l.*12.*de probat.& ibi* Gloſſ. & comm. DD. Duar. *ad d.l.plane.* ubi occurrit argumentis Zaſii hanc diſtinctionem impugnantis: aut ſi variaverit teſtator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel cauſa: nam & tunc ampliaſſe legatum creditur, niſi contrarium doceatur. per *l. cum centum.* 9. *de adm. leg.* Bald. Caſtr. Raphael. Jaſ. *in d. l. plane.* §.1. Gomez. 1. *reſolut.* 12. *num.*38.

5 *Utrum rem, an æſtimationem*) Igitur quod ſcriptum eſt in *d.l.plane.*34.§.2. ſi duorum teſtamentis mihi eadem res legata ſit, bis petere me poſſe, ut ex altero teſtamento rem conſequar, ex altero æſtimationem, id cum diſtinctione accipiendum eſt, ut ſi prius æſtimationem ex altero conſecutus ſim, ex altero rem adhuc petere poſſim: non autem, ut poſſim de æſtimatione agere, ſi rem antea conſecutus fuero: eoque jure utimur, Grot.11.*manuduct.*22. Non obſtat huic diſtinctioni, *l.hujuſmodi.*84.§.2.*de legat.*1.ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit: nam in ſpecie *d. l.* hæres Titius id duntaxat legaſſe intelligitur, quod ipſe in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræſentationis contineatur. Rationem propoſitæ diſtinctionis ſuppeditat *l.tantum.*88. *de verb. ſign.* ubi docet Juriſconſultus, eum, qui rem habet, & æſtimationem habere intelligi: contra qui æſtimationem habet, non videri habere rem ipſam: re enim æſtimationem contineri; æſtimatione rem non contineri: ut proinde ſi is, qui rem habet, æſtimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æſtimationem adeptus eſt, ſi rem petat, id petere, quod non habet. Ad hæc etiam affectio ad rem eſſe poteſt ſupra æſtimationem, *l. ſi in emptionem.* 35. *de minor.*

TEXTUS.

De his quæ non ſunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non eſt, ſi modo futura eſt, recte legatur; veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

COMMENTARIUS.

1. *Purumve ſit legatum, de quo hic agitur, an conditionale? & plenius n.*2.

QUæ in rerum natura non ſunt nec actu, nec potentia, fruſtra & inutiliter legantur, veluti ſi hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus ſit; quemadmodum & ſtipulatio harum rerum inutilis eſt. §. 1. *inſ. de inut.ſtip.fac. l.ſervus.*108. §. *qui quinque.*10.*de legat.*1. Quod vero in rerum natura nunc quidem non eſt, ſed futurum eſt, aut futurum ſperatur, legari poteſt, licet fieri poſſit, ut actu in rerum natura nunquam exiſtat: veluti ſi fructus legentur, qui in fundo Tuſculano naſcentur, vel quod ex Areſcuſa natum erit, aut inſula in flumine naſcitura, *l. quod in rerum.*23.*in pr.de legat.*1. *l.etiam ea.*17.*de legat.*3.*l.*1.§.*ult.de cond. & dem.* cujuſmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum relinqui potuiſſe docet Cajus *lib.*11.*inſt.de legat.* §.3. De eo quæ- 1
ritur, parumne ſit hujuſmodi legatum, an conditionale? Dicendum eſt, pro puro haberi, quoad tranſmiſſionem; pro conditionali, quoad obligationem: cum Gloſſ. & DD. comm. *ad l.cum illud.* 25. §. 1. *quand. dies leg. eod.* Gomez. 1. *reſ.* 12. *n.* 24. quod mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo) Ille caſus huc non pertinet, quando quis ſimpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini aut olei; quæ omnino præſtanda eſt: ſed quando legantur fructus, aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo; puta hoc modo, *fructus, qui naſcentur in fundo Tuſculano, hæres dato*, vel ſic expreſſa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, hæredem meum dare jubeo, d.l. quod in rerum.*24.*de legat.*1.*l.*5.*de tritic.vin. leg.* Ex his autem le- 2
gatis, ſi nihil natum ſit, nihil debetur; ſi non tantum, quantum legatum, non amplius debetur, quam quantum natum eſt, proinde quaſi teſtator per modum ta-

xationis legaſſet, *ſi hoc vel tantum natum fuerit*, *d. l.* 5. *de tritic. leg.* l. 8. §. 2. *de legat.* 2. & hoc eſt, quod Pomponius ſignificat, cum ait ineſſe hujuſmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipſius rei, *l. interdum.* 73. *in pr. de verb. obl.* extrinſecus, non ex teſtamento, venientem. Hujuſmodi autem generis conditiones, cum non impediant, quominus dies legati a morte teſtatoris cedat, mortuoque, licet nondum natis fructibus, legatario, ſpes legati tranſmittatur ad hæredem, *l. cum illud.* 25. §. *ult.* junct. *l.* 6. §. 1. *quand. dies leg.* inde dictum eſt, tales conditiones non facere legata conditionalia, *l. conditiones.* 99. *de cond. & dem.* quia nimirum præcipuus hic eſt legatorum conditionalium effectus, ut non tranſmittantur pendente conditione, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Non obſtat *l. cum ita.* 16. *eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo, & tali ſpecie, in qua duplex eſt dubium, & quid naſciturum, & quid hæres erecturus ſit: nondum autem edito partu electioni locus non eſt. Utique vero legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ poſtea naſcentur, pro conditionali hactenus habetur, ut nulla eo nomine obligatio aut actio eſſe intelligatur, antequam res natæ ſint; & tunc demum actio incipiat, cum per rerum naturam præſtari poſſunt, *d. l. interdum.* 73. *de verb. obl.* Obiter & illud hic monendus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamſi fundus adjectus ſit non taxationis, ſed demonſtrationis cauſa, eoque caſu integrum legatum deberi, etſi ex fundo adjecto tantum percipi non poſſit, *l. Lucius.* 12. *de alim. leg.* 1. *l. Paula.* 27. §. *ult. de legat.* 3.

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. *Si eadem res duobus legata ſit, ſive conjunctim ſive disjunctim, ſi ambo perveniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum: ſi alter deficiat, quia aut ſpreverit legatum, aut vivo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat*, Titio & Sejo hominem Stichum do, lego. *Disjunctim ita*, Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & ſi expreſſerit* eundem hominem Stichum, *æque disjunctim legatum intelligitur.*

NOTÆ.

8. *Si alter deficiat, totum ad collegatarium.*) Si plures ſint vel conjuncti vel disjuncti, pars deficiens omnibus, accreſcit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum ceteris anteferuntur; disjunctorum partes accreſcunt omnibus ſic tamen, ut conjuncti unius perſonæ poteſtate fungantur, *l.* 34. *eod.* 1. *l.* 89. *eod.* 3. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Conjunctis autem accreſcit cum onere: disjunctis ſine onere: illis non niſi volentibus, his etiam invitis, *d. l. unic.* §. 11.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Hi re & verbis conjuncti dicuntur, *l.* 142. *de verb. ſign.* quod ſi teſtator adjecerit, *æquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt duntaxat, *d. l.* 142. *d. l.* 89. inter quos tamen & ipſos juri accreſcendi locus, ut evincit, *d. l.* 89. nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, neceſſario præſupponit jus accreſcendi.

Disjunctim) Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti reſpectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur; triplex enim conjunctio eſt, *d. l.* 142. *d. l.* 89.

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit jus accreſcendi?*
2. *In hæreditatibus id jus valere ex neceſſitate: unde ea neceſſitas, & qui ejus effectus?*
3. *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accreſcant?*
4. *Valere idem jus & in legatis, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris: unde diſſimilia effecta; & quæ?*
5. *Vetus inter genera legatorum circa jus accreſcendi differentia.*
6. *Juri accreſcendi locum non eſſe, niſi inter conjunctos: & genera conjunctorum expoſita.*
7. *Qui hic & paſſim disjuncti dicuntur, eos & ipſos vere conjunctos eſſe. & n.* 10.
8. *Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accreſcat?*
9. *Inter legatarios diverſarum rerum jus accreſcendi non eſſe.*
10. *Singulos, tam conjunctorum, quam disjunctorum diverſa conſideratione, recte & totum habere dici, & partes.*
11. *Quid ſit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano?*
12. *Locus Ulpiani in* l. plane. 34. §. ſi conjunctim. 9. de legat. 1. *expoſitus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*
13. *An partem faciat qui e conjunctis tempore teſtamenti mortuus eſt, aut incapax?*
14. *An conjuncti poſt obitum teſtatoris mortui portio conjunctio accreſcat?*
15. *An inter verbis conjunctos jus accreſcendi locum habeat?*
16. *Quibus argumentis probari videatur, verbis conjunctos re conjunctos non eſſe; quibus item contra?*
17. *Communes ſententia, quod etiam inter verbis conjunctos jus accreſcendi valeat, pleniſſima defenſio.*
18. *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum?*

Tangitur hic diſputatio de jure accreſcendi, qua nulla in toto jure noſtro creditur eſſe vel ſubtilior vel perplexior. 1 Jus accreſcendi eſt, quo deficientium hæredum ejuſdem hæreditatis, aut collegatariorum ejuſdem rei portiones adjiciuntur iis, qui ſuam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum poſſeſſores intelligimus, *l.* 3. §. *ult. de bon. poſſ.* junct. *l. hæreditatis.* 138. *de verb. ſign.* & *l.* 2. *d. tit. de*

bon.

bon.poſſ. & eos quoque ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas. *l. Papin.* 43. *cum l. ſeq.* §. 1. *antepen. ad Trebell. l. ſi totam.* 83. *de acq. hær.* Gomez. 1. *reſol.* 1. *num.* 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommiſſarios ſingulares & donatarios mortis cauſa *l. un.* §.
2 *ult. C. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus juris principiis: unum hoc eſt, *Neminem hæreditatis ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe*, *l.* 4. *C. de rep. hær.* Alterum, *Neminem ejuſdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere poſſe, partem repudiare*, *l.* 1. & *l.* 2. *de acq. hær. l. quidam.* 20. *C. de jur. del. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll.* Quin nec ipſum teſtatorem hoc jus in hæredibus prohibere poſſe, demonſtravimus ſup. in §. *hæreditas.* 5. *de hær. inſt.* Si vero non prohibuerit, interpretatione juris etiam quaſi ex voluntate ejus inducitur tanquam ex tacita ſubſtitutione. *l. ſi Titio.* 61. §. 1. *de legat.* 2. Vid. Oſw. Hill.
3 *in not. ad* Don. *lib.* VII. *c.* 12. & 26. Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accreſcunt. *l. hæredi.* 31. *l. qui ex duabus* 53. §. 1. *de acq. hæred. l.* 9. *de ſuis & leg. hæred.* & accreſcunt ſemper cum ſuo onere, æris ſcilicet alieni & legatorum. *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll.* Si plures ſint, qui portionem ſuam agnoverunt, defectæ partes accreſcunt omnibus, qui agnoverint, ſi omnes conjuncti aut disjuncti ſint: ſin promiſcue conjunctim disjunctimque inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoris aut legis. Accreſcit vero ſingulis non ex æquo, ſed pro portionibus hæreditariis; & in diſtributione, ſi permiſtim inſtituti ſint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius poteſtate perſonæ fungi, ut non plus univerſi auferant, quam ſinguli disjuncti. *l. plane* 34. *in pr. de legat.* 1. *d. l. un.* §. *his ita* 10. Eademque ratio eſt hæredum legitimorum, cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo, alii ſeparatim vocantur: quod fit, cum quidam in ſtirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. *cum filius.* 6. *inſ. de hær. quæ ab int.* fratres & fra-
4 trum filii, *Nov.* 118. §. 3. Valet idem jus & in legatis inter collegatarios ejuſdem rei; verum effectu non nihil diſſimili: namque in legatis locum habet non ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione juris, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos ſingulos partem quidem habere velle intelligitur, & legatum ſcindi, ſi concurrant: ſi vero non concurrant ſolidum, poſtpoſito hærede. Proinde & inter collegatarios ejuſdem rei prohiberi accretio poteſt, & ſi ſingulis res ſingulæ relictæ ſunt; uno deficiente, portio ejus non accreſcit collegatariis, ſed in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuiſſet. *l. hujuſmodi.* 84. § *pen. de legat.* 1. Deinde cum deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus & cum onere ſemper accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec ſemper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc diſtinctio Juſtiniano probata videtur, ut ſiquidem conjunctim eadem res duobus legata eſt, portio deficiens volenti tantum, ſed cum onere accreſcat; ſi ſeparatim, invito quidem, ſed ſine onere. *l. un.* §. *ubi.* 11. *C. de cad. toll.* Ratio eſt, quia cum conjunctio ex perſona deficientis portio defecta deferatur, poteſt eam non admittere; quoniam deficiens potuit: ea autem admiſſa etiam onus ei adjunctum ſubire debet, *arg. l. qui in jus.* 177. *de reg. jur.* Utrumque contra in disjuncto, quia ex ſua ipſius perſona ſolidum habet, ſuumque magis non diminutum retinet, quam conſequitur alienum, ut huic potius non decreſcere, quam portio deficientis accreſcere videatur; ſic enim Juſtinianus diſputat in *d. l. un.* §. *ubi* 11. *verſ. ſin. vero.* & facit *l.* 4. *de legat.* 2. *add.* Gomez. 1. *reſol.* 10. *num.* 41. Bart. & comm. DD. *in d. l. un.* & *in l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. Duar. 1. *de jur. accreſc.* 11. Jure 5
veteri fuit in hac quæſtione nonnulla in legatis ipſis differentia: nam ſi conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accreſcebat; ſi per damnationem, manebat penes hæredem: at utroque caſu poſt legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim ſingulis ſolidum debebatur, ſed in legato vindicationis concurſu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferebat, ſive jure accreſcendi ſive non decreſcendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo caſu locus pateret juri accreſcendi: teſtes Ulp. *tit.* 24. Cajus *lib.* 11. *tit.* 5. atque ex parte Juſtinianus *d. l. un.* §. *ubi.* 11. Hæc differentia etſi novo jure una cum caducis ſublata eſt, & jus accreſcendi admiſſum inter omnes, quibus eadem res quocunque genere legati & quocunque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia paſſim veſtigia ejus adhuc apparent in reſponſis veterum, quæ non ſatis accurate ad normam novi juris a Compilatoribus deſcripta ſunt: quod eſt maxime, quod hanc quæſtionem tam perplexam facit. Vinn. Nec tamen in univerſum per legem Papiam ſublatum jus accreſcendi, quod viſum Em. Merill. *Var. Cujac. lib.* 1. *cap.* 39. Noluit enim, ſi poſt apertas Tabulas aliquid deficeret: valuit, ſi collegatarius haberet liberos: valuit in uſufructu, aliiſque caſibus, de quibus Jan. a Coſta *ad* §. *ult. inſt. de SCto Orphit.* & Jac. Gothofr. *ad L. Jul. & Pap. Caduc. c.* 29. Hein. Porro autem 6
cum non niſi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti ſunt) locus ſit juri accreſcendi, nec olim etiam fuerit, inde nata quæſtio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l. triplici.* 142. *de verb. ſign.* & *l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. ex cujus diſputatione diſcimus, conjunctos generaliter dici omnes, qui ad eandem hæreditatem aut rem vocantur, ſive uno ſermone, ſive diverſis; & in propoſito quibus eadem res ab eodem teſtatore legata eſt. Ceterum hos ſolos, non alios, ac proinde nec eos, quibus res diverſæ, quamvis una oratione, *l. hujuſmodi.* 84. §. *pen. de legat.* 1. nec quibus res eadem a diverſis teſtatoribus, *l. ſi ſub conditione.* 16. *quib. mod. uſufr. am.* nec quibus ſeparatim partes ejuſdem rei legatæ ſunt, *l.* 1. *in ſin. pr. de uſufr. accreſ.* jus conjunctionis aut accreſcendi habere. Ceterum licet con- 7
juncti omnes conjuncti ſint in eandem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur. *d. l. triplici.* 142. & *d. l. re conjuncti.* 89. in tres ſpecies, ut alii dicantur re conjuncti tantum, quorum ſcilicet ſinguli ſeparatim, ſeu diverſis orationibus ad eandem hæ-

hæreditatem aut rem vocantur, ut *Titius hæres eſto: Sejus hæres eſto, Titio fundum Tuſculanum do lego. Sejo fundum Tuſculanum*, aut *eundem fundum do lego*; alii re & verbis ſimul, quos ſcilicet & nominum & rei complexus jungit, ut *Titius & Sejus hæredes ſunto. Titio & Sejo fundum Tuſculanum do lego*: alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eandem ſucceſſionem aut rem vocantur, additis his verbis, *æquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus hæredes ſunto æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do lego*. Hæc diviſio primum eo comparata eſt, ut intelligamus in omni ſpecie harum conjunctionum jus accreſcendi valere: nam ubi jus conjunctionis eſt, ibi jus eſt accreſcendi, & contra, *l. ſi ſub conditione. 16. quib. mod. uſ. am.* nec diſputatio de conjunctis ob alium finem inſtituta eſt, quam ut ſciremus, inter eos, qui conjuncti ſunt, jus accreſcendi eſſe, inter alios non eſſe, quamvis ſint, qui verbis conjunctos excludant; de quo plenius poſtea. Deinde ex ea quoque diſcimus, omnes conjunctos non æque conjunctos eſſe, ſed alios aliis conjunctiores, & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantum, oratio ſeparat. Unde eſt, quod hi cum illis comparati disjuncti paſſim appellantur; illi ſoli conjuncti, *l. plane 34. in pr. de legat. 1. l. hæredes. 63. de hær. inſt. l. un. §. 10. & ſeq. C. de cad. toll.* & apud Ulp. & Gaj. eſtque arctioris hujus conjunctionis effectus inſignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur, & oratione ſeparatos excludant, *d. l. re conjuncti. 89. de legat. 3. d. l. hæredes. 63. de hær. inſt. d. l. un. §. his ita. 10. verſ. ſin vero.* ubi etiam hujus rei ratio affertur. Plane, ſi teſtator plures una oratione comprehenderit, non eo animo, ut eos conjungeret, quod plerumque fit, ſed brevitatis ſtudio celerius loquens, deque eo conſtet, tum ſi quis ex his defecerit, ceteri non plus in hujus portione juris habebunt, quam alii, qui aperte oratione
8 ſejuncti ſunt, *l. ſi quis. 66. de hær. inſt.* Quicquid autem & hic accreſcit, nulli accreſcit, niſi qui portionem ſuam agnovit: ſi plures agnoverint, ſingulis accreſcit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in caſum concurſus æque & viriles partes datæ intelliguntur. *d. l. un. §. ubi autem. 11. l. legata 19. §. ult. l. ſervum. 67. §. 1. de legat. 1.* Si conjuncti & disjuncti commixti ſint, conjuncti in diviſione unius perſonæ vicem ſuſtinent, nihilo plus ut accipiant omnes, quam unus ex disjunctis, *l. plane. 34. in pr. d. tit. d. l. un. §. his ita. 10.* Exempla jam ſibi quiſque ſine negotio formare poterit. In accretione uſusfructus quædam ſunt peculiaria, quæ a nobis notata ſunt ſub *§. ult. ſup. de uſufr.* Attigi ſtrictim pleraque omnia, quæ in hac materia viſa ſunt cognitu maxime neceſſaria, quibuſque perceptis res tota utcunque intelligi, & de pleriſque controverſiis judicari poterit; nonnulla etiam latius declarabo inferius.

9 *Eadem res*) Quod obiter antea tetigimus, hic prolixius explicandum eſt, nimirum non eſſe jus accreſcendi, niſi ad eandem rem plures vocati ſint, aut quemadmodum hic dicitur, niſi eadem res pluribus legata ſit: inter diverſarum rerum legatarios non eſſe ſive ſingulis legetur ſeparatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do lego: Mævio Pamphilum do lego*, ſive etiam una oratione conjunctim, ut, *Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego*, *l. hujuſmodi. 84. §. pen. de legat. 1.* Sed etſi ſingulis partes ejuſdem rei legatas proponas hoc pacto: *Mævio fundi illius partem dimidiam, Sejo partem dimidiam do lego*, non intelligitur res eadem legata, ſed altera atque altera, & diverſæ ſingulis; ac proinde ceſſat jus accreſcendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium, ſed ad hæredem pertinet, *l. 1. in fin. pr. de uſufr. accr.* Non enim quia partes iſtæ indiviſæ ſunt & inter ſe confuſæ, eo minus ſunt diviſæ, quarum una ſit unius, altera alterius, *l. 5. de ſtip. ſerv.* Neque obſtat, quod ex duobus hæredibus, quorum unus inſtitutus ſit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accreſcit alteri, qui ex ſua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui ſolus ſit hæres ejuſdem hæreditatis partem habere poſſit, partem non habere, *l. 1. l. 2. de acq. hær. l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll.* At nihil prohibet ejuſdem fundi partem dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hæredem. Illud fruſtra objicitur, quod nemini conceſſum eſt ejuſdem rei ſibi legatæ partem velle, partem nolle, *l. 4. de legat. 2.* Nam in propoſito cum pars tantum ſingulis legata ſit, qui partem ſuam agnoſcit, totum quod ſibi legatum eſt, agnoſcit, quod ſi partem tantum partis ſuæ amplecti vellet, & reliquum repudiare, hic ei obſtaret juris iſta ratio. Sed etſi duobus res eadem & ſolida conjunctim legata ſit, poteſt nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un. §. ubi autem. 11.* Hoc igitur ratum ſit, neceſſe eſt, ut iis, inter quos jus accreſcendi eſſe volumus, una atque eadem res legata ſit, & quidem ſolida ſingulis: hoc enim eſt, quod Ulpianus ex Celſi ſententia refert, toties eſſe jus accreſcendi, quoties ex duobus, qui in ſolidum habuerunt, concurſu res diviſa eſt, *l. 3. in pr. de uſufr. accr.*

Sive conjunctim ſive disjunctim) Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur. Disjunctim ſeu ſeparatim, quando ſingulis orationibus ſinguli ad eandem rem vocantur, ut hic ſint plures enunciationes, illic una copulata, *d. l. un. §. his ita. 10. & §. ſeq. l. 1. §. 3. de uſufr. accr. l. ſi pluribus. 33. de legat. 1.* indeque eſt, quod alii conjuncti alii disjuncti paſſim dicuntur. Ceterum conjunctio 10
hæc & disjunctio ex verbis potius, quam ex re æſtimatur, cujus reſpectu omnes conjuncti ſunt, quibus res eadem legata, licet disjunctim: & hi ſunt, qui in ſpecie re conjuncti appellantur, *l. triplici. 142. de verb. ſign. l. re conjuncti. 89. de legat.*, quod & ſupra notatum eſt, & ſimul obſervatæ nonnullæ inter hæc genera differentiæ, cum de onere partis accreſcentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cum permixti ſunt.

Scinditur inter eos legatum) Hoc alibi ſic dicitur, *concurſu partes faciunt*, aut, *concurſu partes habent*: *l. 3. de uſufr. accr. l. plane. 34. §. ſed ſi. 10. de legat. 1. l. conjunctim. 80. de legat. 3. l. 7. C. de legat.* Eſtque hoc certiſſimum argumentum in utroque hoc genere legati, hoc eſt, ſive conjunctim, ſive disjunctim eadem res duobus legata ſit, non partes ab initio factas, ſed ſolidum ſingulis relictum intelligi. Quod tamen

cum

tum dicimus, non hoc ſignificamus, ſingulos ſimpliciter habere ſolidum; aut unumquemque ſolidum petere poſſe, non exſpectato caſu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æſtimationem conſequi; quod olim in una ſpecie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, niſi manifeſtiſſimum ſit ex ſcriptura, teſtatorem ſolidum ad utrumque pervenire voluiſſe, *l. un. §. ubi autem.* 11. *C. de cad. toll. l. ſi pluribus.* 33. *de legat.* 1. quo in loco valde conſpicua ſunt emblemata Triboniani: ſed habere ſolidum conſiderato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate teſtatoris. Omnino enim credibile eſt, teſtatorem ad hunc eventum reſpexiſſe, atque ideo re conjunxiſſe ſingulos, ſeu ſingulis eandem rem legaſſe, ut altero deficiente alter in ſolidum eam haberet, cum abſque eo foret, ut pars deficientis rediret ad hæredem. Contrario autem reſpectu, ſi nimirum conſideramus caſum utriuſque concurrentis, partes habere recte dicuntur; eaſque etiam in hunc eventum habent ex voluntate teſtatoris, quæ hic manifeſta eſt, cum utroque concurrente, quod utique futurum ſperavit teſtator, totum ſinguli habere non poſſint. Licet autem diverſa conſideratione & totum & partes ſinguli habere videantur: tamen totum habere paſſim dicuntur ad differentiam eorum, qui ſimpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concurſu faciunt; quales ſunt, quibus partes tantum ab initio aſſignatæ. Ceterum quod tam conjunctos, quam disjunctos ſolidum ab initio habere dicimus, id non caret omni ſcrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. plane.* 34. *§. ſi conjunctim.* 9. *de legat.* 1. expreſſe ſcribit; ſi conjunctim res legetur, partes ab initio fieri; nec ſolum partem facere eos, in quorum perſona conſtitit legatum, verum eos quoque, quorum in perſona 11 non conſtitit. Hunc locum obſtare non putant, qui non intelligunt, quid ſit partem ab initio facere. Quod tamen minime obſcurum eſt. D. Gothofredus in notis ad *d. §. ſi conjunctim.* 9. ſcribit *partem facere, non quorum perſona in diviſione partem accipiunt, ſed cum ejus, qui deficit, aut incapax eſt, pars conjuncto accreſcit*, contra manifeſtam *d. §.* ſententiam & perpetuum uſum juris auctorum, quibus partem facere, eſt facere, ut quis partem tantum habeat in eo, quod totum habiturus eſſet, ſi ſolus eſſet; aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut conſtat ex *l.* 8. *§. quoniam.* 8. *l. qui repudiantis.* 77. *de inoff. teſt. l.* 7. *de reb. dub. l. hujuſmodi.* 84. *§. ſi Titio.* 8. *de legat.* 1. *cum ſimil.* Et igitur perſpicue etiam errat Goveanus qui *lib. de jur. accr. n.* 6. *&* 7. ſcribit, eos, qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accreſcendi excludatur, neceſſe eſſe partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eo dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur; ſed quia utroque ſolidum vindicante res inter eos ſcinditur. Tot errores, & errores conſpicui, quot pene dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio non habent, in his dici non poteſt partes ab initio fieri, ſed tantum concurſu; quæ perpetuo inter ſe opponuntur. Deinde quid aliud eſt, partes habere ab initio, quam partes ab initio fieri? utroque enim ſignificatur, alterum hoc caſu ſolidum habere nunquam poſſe, ſeu quod idem eſt, juri accreſcendi non eſſe locum: & quamvis qui partem facere dicitur, non concurrat, aut concurrere non poſſit, certiſſimo tamen jure perinde habetur, ac ſi concurriſſet ſuamque partem abſtuliſſet. Confundit Goveanus & pro iiſdem habet, ſive dicas partes ab initio fieri, ſive partes fieri concurſu: quod in tanto viro vix ferre poſſum. Poſtremo illud quoque falſum eſt, poſſe in concurſu vel ſingulos conjunctos ſolidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere poteſt. Non enim amplius vindicare licet, quam delatum eſt; at in eventum, quo uterque concurrit, ſingulis non ſolidum, ſed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant. Faber *decad.* XIIX. *err.* 9. Quamobrem miror, D. 12 Swanenburgium locum hunc Goveani notatu tam dignum exiſtimaſſe, ut eum integrum verbis Goveani deſcripſerit *cap.* 8. *tract. de jur. accreſc.* Quid ergo reſpondemus ad d. locum Ulpiani in *l. plane.* 34. *§. ſi conjunctim.* 9. *de legat.* 1. ubi tam diſerte Juriſconſultus ait *in conjunctis partes ab initio fieri?* Ant. Faber id, quod generaliter Juriſconſultus definit de conjunctis, reſtringit ad verbis conjunctos tantum, qui effectu ne conjuncti quidem, ſi Fabro credimus, in hac diſputione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeo dicamus, de iis ibi agi, qui vel ante mortem teſtatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adſcriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fiſci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate manſiſſent, vel accreviſſent conjuncto: nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accreſcebat, niſi poſt diem legati cedentem (cedebat autem demum ab apertura tabularum) legatarius deceſſiſſet, aut tempore facti teſtamenti non fuiſſet in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non ſcripto habebatur, *l. unic. §.* 1. *& ſeqq. C. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod eſt in *l. hujuſmodi.* 84. *§. ſi a Titio.* 8. *de legat.* 1. Plane illud concedo, disjunctis apertius atque expreſſius ſolidum ab initio aſſignari, quam conjunctis, utpote quibus ipſa conjunctione quodammodo partes attribui videantur: quod conſideravit Juſtinianus *d. l. un. §. ubi autem.* 11. ſed tamen nec disjunctis ſolidum ſimpliciter datum dici poteſt: alioqui non concurſu res divideretur: ſed alter rem, alter æſtimationem conſequi deberet.

Si alter deficiat) Non poteſt dici deficere, in cujus perſona legatum nunquam conſtitit; veluti ſi quid ei datum ſit, qui quo tempore teſtamentum condebatur, in rebus humanis non erat, puta diem ſuum functus, cum id teſtator ignoraret; aut ei, quicum teſtamenti factio non eſt, ſive incapaci, puta deportato aut peregrino. An igitur ſi alter e conjunctis aut 13 teſtamenti tempore jam mortuus ſit, aut capere ex teſtamento nequeat, partem alteri faciat, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem, qui tempore teſtamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim feciſſe, teſtatur Juſtinian. *d. l. un. §.* 3. *C. de cad. toll.* Puto autem & quod ei, qui capere non poterat,

rat, conjunctim cum alio relictum erat, in eadem cauſa fuiſſe, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æque quam illud pro non ſcripto habebatur, *arg. l. 1. C. de her. inſt.* quod tamen non aliter proceſſiſſe, quam ſi alter ſimpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. plane. 34. §. ſi conjunctim. 9. de legat.* 1. ubi Juriſconſultus ait etiam ſervum proprium, cui ſine libertate quid legatum eſt, quamvis id in perſona ſervi non conſiſtat conjuncto partem facere, innuens, ut paulo ante hoc interpretati ſumus, in fiſci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut ſpreverit legatum) Poſt legem Juliam Papiam ſi eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. tit. 24. §. 11. & ſeq.* ubi ſcribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accreſcebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum eſt in utroque genere legati accreſcere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos eſſe pares.

Vivo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquomodo) Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui e conjunctis vivo teſtatore deceſſerat, vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum aut deportatione, uti ex d. loco Ulpiani manifeſtum eſt: idque quod hic relictum erat, dicebatur eſſe in cauſa caduci, *d. l. un. §. 2. C. de cad. toll.* ſed nunc certo jure conjunctis in eandem rem accreſcit ſine diſcrimine generis legati aut modi legandi, *d. l. un. §. 4. §. 10. & ſeq.* Verum quid ſi unus deceſſerit teſtatore jam mortuo? Ego exiſtimo, hoc caſu nihil conjuncto accreſcere; ſive legem Papiam ſpectes, ſive jus novum Juſtiniani. Nam aut ante apertas tabulas deceſſit, & pars ejus ex lege fit caduca; aut poſt aperturam tabularum, ex quo legati dies ex lege cedit, & hic quidem quod ei adſcriptum eſt, non fit caducum, jam enim ei deberi cœpit: ceterum nec accreſcit collegatario, ſed ad hæredem deficientis tranſmittitur, qui effectus eſt ceſſionis diei in legatis & fideicommiſſis, *l. 5. & paſſ. quand. di. leg. ced.* & textus eſt in *l. 4. in fin. pr.*
14 *de alim. leg.* Ex conſtitutione autem Juſtiniani, cui placuit diem legatorum ſtatim cedere a morte teſtatoris, effectum eſt, ut idem juris nunc ſit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut ſcilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accreſcat collegatario, ſed ad hæredem ſimiliter tranſmittatur, quemadmodum ſi ſolus eſſet, totum tranſmitteret, *per d. l. un. §. in noviſſimo. 5.* Non fruſtra igitur dixit vivo teſtatore.

Totum ad collegatarium pertinet) Si plures ſint, omnes autem vel conjuncti tantum, vel tantum disjuncti, pars deficientis accreſcit omnibus ex æquo: ſi permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum ceteris anteferuntur; disjunctorum partes accreſcunt omnibus, ſic ut in diviſione omnes conjuncti pro una perſona habeantur, *d. l. plane. 34. in pr. de legat. 1. l. re conjuncti. 89. de legat. 3. d. l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accreſcit, accreſcit cum onere; quod disjunctis, ſine onere, *d. l. un. §. ubi autem. 11. ſub. fin.* de quibus etiam dictum ſuperius.

Titio & Sejo hominem Stichum do lego) Quod in his, quibus quid conjunctim legatur, Juſtinianus ſolum utitur exemplo, re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantum conjunctos eſſe jus accreſcendi: quo in numero ſunt Gov. *n. 26.* Hotom. VI. *obſ. 12.* Ant. Fab. VI. *conj. 1. & dec.* XLIX. *err. 4.* D. Swan. *de jur. accr. c.* 8. Sed ſane hoc argumentum perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius eſt, exemplis neminem uti ſolere ad reſtringendam regulam, nulla hoc loco eſt conjunctorum inter ſe oppoſitio; ſed conjunctorum, id eſt, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorum, quibus quid legatur orationibus diverſis, ut licet in exemplo propoſito Titius & Sejus ſint re & verbis conjuncti, tamen ut tales hic non conſiderentur, ſed ut conjuncti ſimpliciter: ac proinde hic locus potius contrariam ſententiam juvat, quæ etiam in ſola verbali conjunctione juri accreſcendi locum tribuit. Sed tamen utra ſententia verior ſit, operæ pretium eſt penitius inquirere. Illud pro confeſſo habendum atque omnino re- 15
tinendum eſt, nullos eſſe conjunctos, ad quos quidem jus accreſcendi pertineat, niſi qui re ſint conjuncti ſive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii, quibus res diverſæ relictæ ſunt, quamvis una oratione, pro conjunctis hic habentur, veluti ſi ita dixerit teſtator, *Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego:* ut ut verbis conjungantur. *l. hujuſmodi. 84. §. pen. de legat.* 1. neque ulla, id eſt, ne rei quidem conjunctio eſſe intelligitur, ubi partes tantum ejuſdem rei ſingulis ſimpliciter datæ; ut proinde hoc etiam caſu ſine dubio jus accreſcendi ceſſet, *l. 1. in fin. pr. l. pen. de uſ. accreſ.* Hinc jam de quæſtione propoſita judicandum eſt. Nam ſi verbis tantum conjuncti qui dicuntur in diſtinctione generum conjunctorum, non ſint ſimul re conjuncti, ex ſuperiore definitione jus accreſcendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, ſi iidem re quoque conjuncti ſunt; ut ecce in hoc exemplo: *Titio & Sejo fundum Tuſculanum æquis partibus do lego*, conſtat Titium & Sejum verbis conjunctos eſſe & appellari: ſed jus accreſcendi inter eos verborum conjunctio parere non poteſt, ſi non etiam accedat conjunctio ipſius rei. Non eſſe re conjunctos, ipſa appellatio ſtatim a principio indicare videtur. Dicuntur 16
enim verbis tantum conjuncti *l. triplici 142. de verb. ſign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l. re conjuncti. 89. de legat. 3.* Idem videtur oſtendere expreſſio partium ſingulis attributarum: nam ut hæ partes indiviſæ ſint: ſunt tamen diverſæ, ut dici non poſſint re conjuncti, aut ſingulis relicta eadem res. Denique non eſt realis conjunctio, niſi inter eos, qui ſolidum ex judicio defuncti habent: verbis autem conjuncti non ſolidum, ſed partes habent, eaſque expreſſas verbis teſtatoris; ut proinde & partes ab initio fecere, *l. plane. 34. §. ſi conjunctim. 9. de legat.* 1. & ſemper partes habere dicantur, *l. re conjuncti 89. de legat.* 3. Sed his non obſtantibus verius exiſtimo, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos eſſe. Etenim qui ſic legat, *Titio & Sejo fundum Tu-*

ſcula-

ſculanum do lego ex æquis partibus, is utique utrumque conjungit in eandem rem, dum ſimul & ſemel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expreſſio : nam etſi hæ partes non exprimuntur, tacite tamen ſignificantur enumeratione perſonarum, *l. cui fundus. 56. de cond. & dem.* Quæ autem non expreſſa intelliguntur, tamen ſi exprimantur, pro ſupervacuis habentur, *l. Cornelius. 69. de hær. inſt.* ut omnino verum ſit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æquæ exprimantur, in his non item: judicio autem defuncti pari jure cenſeri, *arg. l. 16. in fin. de legat.* 1. Sed cur igitur dicuntur verbis tantum conjuncti: conjuncti verbis non re? Non quia vere verbis tantum conjuncti ſunt, re plane disjuncti : ſed quia tales videntur in comparatione re & verbis conjunctorum, inſpecta forma & conceptione verborum ; quæ ſola hæc genera ſeparat, & adſcriptis æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diverſas facere videtur, quod tamen non ita eſt, ſi rem ipſam ſpectamus & ſententiam teſtatoris, cujus judicio cum pariter ad eandem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi ſunt. Ex quo porro ſequitur, ſi re & verbis conjuncti ſolidum ab initio ex voluntate teſtatoris habere intelliguntur, & ſolidum habere eodem modo intelligi ſingulos verbis conjunctorum ; idque adeo veriſſimum eſſe oſtendit. *l. conjunctim. 80. de legat.* 3. ubi Celſus ſcribit, conjunctim legare, eſſe *tota legata ſingulis dare, partes autem concurſu fieri.* Quæ definitio cum generalis ſit, dubitandum non eſt eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expreſſe partium in hac conjunctione teſtator meminit, id ex mente ejus ſic a prudentibus acceptum, non quod duobus, verbi gratia, ita conjunctis, ſimpliciter velit ſingulos partes adſcriptas atque in omnem eventum habere, etiamſi non concurrant : ſed quod eum ſciret, ſi concurrerent ambo, quod & futurum ſperavit, ſingulos totum habere non poſſe, iſtis verbis demonſtrare voluerit, quid in hunc eventum ſinguli habituri eſſent. At ſi unus deficiat, etiam in verbali conjunctione ſic mentem teſtatoris acceptam, quaſi in hunc caſum alterum ſolidum habere voluerit, nec ob aliam cauſam ad eandem rem utrumque vocaverit, quam quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit, quam hæredem ſuum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur ſemper partes habere, *d. l. re conjuncti.* 89. Ergo omni caſu habent, & ab initio & ex poſtfacto. Reſpondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Juriſconſultus eo loco docendi gratia diſtinguit verbis conjunctos a conjunctis re & verbis ſimul, non ex eo, quod re ipſa eſt, ſed ex eo, quod videtur; quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum, re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera ſecerni poſſunt. Quod vero apud Ulpianum ſcriptum eſt, ſi conjunctim res legetur, partes *ab initio* fieri ; *d. l. plane 34. §. ſi conjunctim. 9. de legat.* 1. id tam ad verbis & re ſimul conjunctos pertinet; quam ad conjunctos verbis tantum : ac proinde locus iſte vel ad legatum damnationis referendus eſt, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujuſmodi. 84. §. ſi a Titio. 8. eod. tit.* In *l. 7. de legat.* 2. aperte Juriſconſultus loquitur de legato damnationis: eodemque pertinere principium, *l. 16. de legat.* 1. arguit ejuſdem *l. §. ult.* Concludendum igitur eſt, etiam inter verbis conjunctos jus accreſcendi locum habere; quippe cui toties locus eſt, quoties res eadem duobus in ſolidum legata eſt, ſic ut partes concurſu habeant, ſive eas habeant ex voluntate teſtatoris expreſſa, ſive ex tacita, *l. 3. de uſufr. accr.* Atque hæc communis eſt ſententia, probata quoque Duareno *lib. 1. de jur. accr. cap.* 10. Baroni *in comm. ad hunc §.* Donello VII. *comm.* 13. & VIII. *comm.* 21. Goed. *ad l. triplici.* 142. *de verb. ſign. num.* 12. Confirmatur hæc ſententia primum aperto textu *l.* 17
16. *§. ult. de legat.* 1. ubi non ſolum qui re & verbis conjunctus eſt, ſed etiam cui virilis portio data, id eſt, conjunctus verbis tantum ; *arg. d. l. triplici.* 142. Non concurrente altero, totum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior dicitur eſſe in hoc jure quam is, qui re tantum conjunctus eſt, *d. l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. ſiquidem jus prælationis neceſſario præſupponit jus accreſcendi & conjunctionem realem : & præpoſterum eſt, quod Ant. Faber. *dec.* XLIX. *err.* 8. 9. reſpondet, verbis conjunctos, licet per ſe re disjuncti ſint, ex accidenti tamen & poſtfacto etiam re conjunctos fieri concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur, nam conjunctionem non concurſus efficit, ſed diſpoſitio teſtatoris ad eandem rem pluries vocantis, ut neceſſe ſit, eos, quos, in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus, conſiderari ut ab initio ſententia teſtatoris conjunctos. Nihil pro ſententia Fabri facit, quod a Javoleno reſponſum eſt, in hac ſpecie, ſi teſtator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eundem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio ſolum, ſed etiam Titio accreſcere, *l. Mævio. 41. in pr. de legat.* 2. Nam Mævius & Sejus in hac ſpecie verbis conjuncti non ſunt, ſed conjuncti re tantum, verbis inter ſe ſeparati. Quod ipſe Juriſconſultus expreſſe teſtatur. Ait enim, ſeparatim & partes fundi & totum legatum eſſe: adparetque, legatum hoc ſic a Juriſconſulto acceptum ea ſententia teſtatoris, quaſi Mævius & Sejus ſint in unam dimidiam inter ſe conjuncti: Titius autem cum his in eandem dimidiam, quia cui totus fundus legatus eſt, utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ ſint; ſimiliter ut in uſufructu conjunctos eſſe dicimus, quorum uni fundus, alteri uſusfructus ejuſdem fundi legatus eſt, *l. ſi alii. 19. de uſufr. leg.* quod plenius & eleganter explicat Don. in *epiſt. ad Alber. Gentil.* inſerta opuſculis Donelli poſtumis. Poſtremo cum nullus alius conjunctionis in hac quæſtione ſit effectus, quam ut jus accreſcendi conjunctus habeat, cur ſi verbis conjuncti ab hoc jure removendi ſunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus? Non obſtat communi ſententiæ, quod Celſus *l. & Proculo.* 20. *de legat.* 2. reſpondit, ſervo communi quod legatum eſt, id ſi alter dominorum omitteret, alteri non accreſcere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio eſt, ut

ipſa textus verba evincunt: & ratio eſt, quia partes dominicæ ſemper pro inæqualibus habentur; fortuitumque eſt, quod æquales ſinguli habeant. At vero non eſt jus conjunctionis niſi inter eos, quos teſtator in eandem rem conjunxit æqualiter. Magis obſtare videtur *l. pen. de uſufr. accr.* ubi minime obſcure Papinianus pronuntiat, re ſeparatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta eſt. Loquitur quidem de uſufructu ejuſdem rei æquis portionibus legato: ſed vel magis idem obtinere debet in ſimili caſu legata proprietate: utpote quæ difficilius accreſcit, quam uſusfructus, *l.* 1. §. 3. *d. tit.* Sed bene mihi videtur reſpondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum eſſe non de portionibus rei, cujus uſusfructus relictus eſt, ſed de portionibus ſingulorum hæredum, a quibus relictus eſt: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & plane confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento ſequenti in hæc verba, *cum alius ab alio hærede uſumfructum vindicet.* Bene autem Papinian. negat, in hujuſmodi ſpecie legatarios in eandem rem conjungi, cum partes hæreditariæ prius diviſæ ſint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo caſu; quo dimidia ſingulis ſeparatim ſeu diverſis orationibus relicta eſt: ſed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hæreditate huic quæſtioni non eſt locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accreſcendi ex diſpoſitione juris proficiſcitur, quod neminem ejuſdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat, partem habere, partem repudiare permittit; & idem portio occupata neceſſario vacantem ad ſe trahit: quanquam illud etiam in hæreditate quæri poteſt, ex pluribus diverſi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per ſe quiſque nunc facile expediet: plura tamen qui deſiderabit, adire poterit *DD. in d. l. re conjuncti.* 89. Gomez. 1. *reſol.* 10. Graſſ. §. *jus accreſcendi.* Ant. Fab. *deciſ.* XLIX. & 2. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 311. & 2. *ſeqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duar. Goveau. Ant. Fumæum, Jo. 18. Suev. Corn. Swanenb. D. Grotius *lib.* II. *manuduct.* 23. ſcribit, apud nos in toto hoc argumento non uſque adeo ſubtilitatem juris civilis attendi, ſed ejus præcipue rationem haberi, quod propius abeſſe videtur a ſententia & mente teſtatoris; idque æſtimari non ex verbis tantum & rei pretio; verum etiam ex conditione & qualitate perſonæ tum teſtatoris tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accreſcendi non eſt locus. *l.* 57. §. *ult. de uſufr. l.* 16. §. 2. *de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis ceſſat jus alluvionis, *l.* 16. *de acq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accreſcendi. *l.* 33. *in fin. de uſufr.* ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum jus accreſcendi ceſſare placuit; ut recte Cujac.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni ſibi legati emerit & uſusfructus ad eum pervenerit.

9. *Si cui fundus alienus legatus ſit, & emerit proprietatem deducto uſufructu, & uſusfructus ad eum pervenerit, & poſtea ex teſtamento agat, recte eum agere & fundum petere, Julianus ait: quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtinet: ſed officio judicis continetur, ut deducto uſufructu jubeat æſtimationem præſtari.*

NOTÆ.

9. *Quia uſusfr. ſervitutis locum*) Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *l.* 10. *l.* 19. *de uſufr. leg. l.* 58. *de verb. obl.* R. in caſu propoſito eo verbo nudam duntaxat proprietatem ſignificari, ut uſufr. intellectu a fundo ſeparetur, & tanquam ſervitus conſideretur: quoniam proprietas, quæ adeſt ex cauſa oneroſa, adhuc abeſſe intelligitur. *l.* 14. *de verb. ſign.* fac. *l.* 25. *eod.* junct. *l.* 66. *de judic.*

Jubeat æſtimationem præſtari) Judex tanti rem æſtimabit, quantum actori aberit, *d. l.* 82. §. 2. Itaque habemus hic caſum, quo condemnatio fit in rei petitæ æſtimationem: quod interdum neceſſarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1. *Speciem hoc loco propoſitam pertinere ad doctrinam traditam §. 6. ſup.*
2. *Quæ ſit hujus loci ſententia, & quo colore defendatur.*
3. *Interpretum error circa ejus explicationem notatus.*
4. *Ant. Fabri opinio confutata.*
5. *Non eſſe novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æſtimationem.*

1 Hic locus, ut ex argumento intelligitur, ſubjungendus potius fuerat §. *ſi res aliena* 6. ubi dictum eſt, ſi res aliena legata ex alia cauſa ad legatarium pervenerit, intereſſe, utrum pervenerit ex cauſa oneroſa, an ex cauſa itidem lucrativa: illo caſu legatum non extingui; ſed poſſe legatarium nihilominus actione ex teſtamento pretium conſequi; hoc caſu contra legatum penitus evaneſcere, eo quod duæ cauſæ lucrativæ in eandem rem & perſonam concurrere non poſſint. Quod autem de toto ibi traditum eſt, id etiam valet in partibus, ut, ſi quis rei ſibi legatæ partem unam ex cauſa oneroſa, alteram ex cauſa lucrativa nactus ſit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus eſt ex cauſa lucroſa, pro altera conſiſtat; & pretium ejus conſequi poſſit. *l. non quocunque.* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam ſi quis fundi ſibi legati proprietatem emit, detracto uſufructu, & uſusfructus poſtea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex cauſa lucrativa, perinde hoc habendum, ac ſi pars rei ex cauſa oneroſa, pars ſine onere ad eum perveniſſet. Nam etſi uſusfructus non in parte, ſed in jure conſiſtit; tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet. *l. Mævius.* 66. §. *pen. l. cum filius.* 76. §. *dominus.* 2. *de legat.* 2. *l. qui uſumfructum.* 58. *de verb. oblig.* Ceterum in hac ſpecie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet, ea petitione conti-

ti-

tineri intelligi tradit hic Juſtinianus poſt Julianum in *d. l. non quocunque.* 82. §. 2. *de legat.* 1.

2 *Recte eum agere & fundum petere* (*Recte*, id eſt, *impune*, *ſine metu cadendi cauſa*; quæ pœna eſt eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. *ſi quis agens.* 33. *inf. de act.* Senſus igitur horum verborum eſt, poſſe legatarium agentem ex teſtamento cum hærede ſimpliciter intendere, fundum ſibi dari oportere, etiamſi nudam duntaxat proprietatem emerit, uſumfructum adeptus ſit gratis; neque hac intentione ſua plus eum complexum videri debere, quam oporteat. Fundum, inquam, ipſum, non διατιμησιν, æſtimationem, ut male Theoph. & Pac. quod arguunt ſequentia.

Quia uſufr. in petitione ſervitutis locum obtinet) Poterat objici, imo perperam in caſu propoſito agere legatarium, ac re ipſa atque aperte plus petere, ſi ſimpliciter fundum petat: quippe appellatione fundi plenam proprietatem ſignificari, *l.* 10. *l. ſi alii.* 19. *de uſuf. leg. l. qui uſumfructum.* 58. *de verb. obl.* ac proinde tanto plus, quam oportet, eam petitionem complecti, quanto pluris æſtimari conſtat plenam proprietatem, quam nudam, pro qua ſola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Juſtinianus ait, uſumfructum in propoſita petitione ſervitutis locum obtinere. Quod paulo obſcurius dictum hanc ſententiam habet, eum qui fundum petit, etſi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in caſu præſenti fundi verbum ſic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas deſignata intelligatur, ſeu fundus quatenus petenti emolumento abeſt, ut uſusfructus intellectu ab eo ſeparetur, & ob id tanquam ſervitus in hac petitione conſiderari debeat, hoc eſt, ut nec petitus cenſeatur: cum & alias cum uſusfructus ſeparatus eſt, appellatione fundi nudam proprietatem ſignificari conſtet, *l. recte.* 25. *de verb. ſign.* Hæc interpretatio cum petitori neceſſaria ſit, ne alioqui formula excidat, ſi eum plus debito intentione ſua complexum dicamus omnino hic recipienda eſt: quoniam in ambigua intentione id ſemper accipere jubemur,
3 quod petitori utile eſt, *l. ſi quis.* 66. *de judic.* Scio longe aliter hunc locum ab aliis explicari: ſic enim fere ceteri exiſtimant, quod Juſtinianus hic ait, legatarium recte agere & fundum petere, id hanc habere ſententiam, legatarium recte, id eſt, ſtrictæ rationi juris convenienter, ac proinde ſine periculo amiſſionis cauſæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & uſumfructum comprehendat, aut poſſe eum ipſo jure petere ſolidi fundi æſtimationem: & quod mox pro ratione Juſtinianus affert, uſumfructum in ea petitione locum ſervitutis obtinere, id ſic accipiunt, quaſi dixiſſet: quia uſusfructus non jure partis, ſed ſervitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor, me hæc capere non poſſe. Neque enim intelligo, quo colore defendi poſſit, legatarium in propoſito rationi juris convenienter agere hoc modo, *Ajo te mihi fundum Sempronii, legatum mihi a Titio, dare oportere.* Ut hæc ſit formulæ illius intentio, *Ajo te mihi dare oportere & proprietatem fundi & uſumfructum, aut ſolidi fundi æſtimationem.* Sive in ea intentione conſideretur uſusfructus, ut conſolidatus & conjunctus cum proprietate, ſive ut a proprietate ſeparatus & tanquam ſervitus. Nam si illo modo accipias manifeſtum eſt, petitione id contineri, quod jam habet ex cauſa lucrativa, & ita obſtare regulam juris, quæ non patitur duas cauſas lucrativas circa eandem rem & perſonam concurrere: si hoc modo, adhuc dico, id ipſum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat, ſub alia qualitate: aut si tu neges, fatendum tibi erit peti, quod legatum non eſt. Imo vero nego, unquam eum, qui fundum petit, poſſe intelligi uſumfructum jure ſervitutis petere. Quicunque enim fundum petit, eum neceſſe aut ſolidam proprietatem intelligere, *l.* 5. *in pr. ſi uſufr. pet.* aut nudam, *l. recte dicimus.* 25. *de verb. ſign.* Denique non recte in ſpecie propoſita ſolidum fundum aut ſolidi æſtimationem peti, ſatis aperte, ut mihi videtur, probat quod apud Julianum in *d. l. non quocunque.* 82. §. 3. *de legat.* 1. notat Marcellus: ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit, aut donata, idem eſſe, quod in ſpecie propoſita a Juliano, & ideo me partem duntaxat petere debere. Quibus verbis non obſcure innuit, nec in præcedenti ſpecie Juliani ſolidum recte peti: alioqui ſpecies, quam proponit Marcellus, ut ſimilem Juliani, longe eſſet diſſimilis. Ant. Faber. 4
VI. *conj.* 8. ne hoc quidem concedit, in caſu propoſito ſimpliciter fundum recte peti, ut ut ea intentione nuda proprietas petita eſſe intelligatur: quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum eſt, amplius meum fieri non poteſt. Sed ut ſupra in §. 6. oſtendimus, quod ex cauſa oneroſa ad creditorem pervenit, interpretatione juris perinde habetur, ac si non perveniſſet, propter pretium, quod ei abeſt, *l.* 14. *de verb. ſign.* & refellit Fabrum *l. ex promiſſione.* 19. *de obl. & act.* ubi diſerte Julianus ſcribit, eum, qui non ex cauſa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eandem ex cauſa lucrativa petere: tum etiam manifeſte locus Marcelli modo citatus: nam si partem fundi, quam ex cauſa oneroſa conſecutus ſum recte peto, cur prohibear proprietatem petere, quæ ex tali itidem cauſa apud me eſt? Cetera, quæ eodem loco Faber adverſus hanc ſententiam, & adverſus ipſum adeo Tribonianum diſputat, aſſis non æſtimo.

Sed officio judicis continetur, &c.) Quamvis ratio ju-
dicii hoc exigat, ac proinde regulare sit, ut conde- 5
mnatio fiat in rem ipſam, quæ petita & in judicium deducta eſt: *l. ut fundus.* 18. *com. div.* evenit tamen nonnunquam, ut neceſſe sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æſtimationem, veluti si res petita culpa debitoris aut poſt moram perempta sit, *l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl.* item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit aut venalis quidem, ſed immenſo pretio, *l.* 14. §. *ult. de legat.* 3. vel si ea ex cauſa oneroſa ad creditorem pervenerit, *l. ex promiſſione.* 19. *de obl. & act. l. hujuſmodi.* 84. §. *qui ſervum.* 5. *de legat.* 1. §. *ſi res.* 6. *ſup. eod.* Idemque eſt, si creditor partem, quam ex simili cauſa nactus eſt, petat, *l. non quocunque.* 82. §. 3. *de legat.* 1. & in caſu propoſito, ubi fundo alieno legato, fundi proprietas, quæ ex cauſa oneroſa apud legatarium eſt, petitur, *d. l. non quocunque.* 82. §. 2. Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præſtet deducto uſufructu: nam proprietatem fundi jam revera petitor habet; ſed

ut

ut præſtet fundi deducto uſufructu æſtimationem ; hoc eſt, ut tantam pecuniam legatario det, quantam ille venditori pro fundi nuda proprietate perſolvit. Julianus hoc ſic expreſſit, *Judex tanti litem æſtimabit, quantum Actori aberit*, *d.l. non quocunque.* 82.§.2.

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed ſi rem legatarii quis ei legaverit, inutile eſt legatum : quia quod proprium eſt ipſius, amplius ejus fieri non poteſt. Et licet alienaverit eam, non debetur, nec ipſa res, nec æſtimatio ejus.*

NOTÆ.

10. *Licet alienaverit eam*) Propter definitionem regulæ Catonianæ, *d. l.* 41. §. 2. cui obſtat *l.* 1. §. 2. *de reg. Cat.* niſi dicamus verbis illis, *ſi eum vivo teſtatore, alienaveris*, conditionem ſignificari. ad cujuſmodi legatum regula non pertineat, *l.*3. & 4. *eod.l.* 98. *de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1. *Celſum videri a ceteris diſſenſiſſe circa caſum, quo legatarius rem ſuam ſibi legatam vivo teſtatore alienavit: tentatur tamen conciliatio.*
2. *Quomodo temperandum, quod dicitur rem ſuam nemini recte legari.*

SEd ſi) Particula hæc videtur arguere, hunc §. eſſe appendicem diſputationis habitæ in § *præc.* & §. *ſi res aliena*.6.*eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ poſt teſtamentum conditum legatarii propria facta eſt; ita hic de ea, quæ jam ejus eſt tempore ſcribendi teſtamenti. Quid ſervari placeat, ſi res, quæ legatarii propria eſt, non ipſi legatario, ſed alteri legata aut potius per fideicommiſſum relicta ſit, docebitur *infr.* §.1.*de ſing.reb.per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile ſit legatum, ſi quis legatario ipſi rem, quæ jam ejus eſt, legaverit. Ait autem Juſtinianus, tale legatum inutile eſſe, propterea quod fieri non poteſt, ut quis duabus ex cauſis dominium acquirat, *l.*3.§.*ex pluribus*.22.*de acq.poſſ.* qua ratione nec ſtipulatio rei ſuæ, nec emptio valet, *l.nemo*.82. *de verb.obl. l.* 16. *de contr.empt.* Idem reſcriptum eſt in *l. proprias*.13.*C.de legat.* & reſponſum ab Ulpiano *l. cetera*.41.§.2.*de legat*.3. Quamobrem nec res nec æſtimatio rei in propoſito peti poterit, ut eſt in *fin. hujus* §.

Et licet alienaverit eam) Ampliatio ſuperioris definitionis. Etſi is, cui res ſua legata eſt, eam poſt teſtamentum factum & vivo etiamnum teſtatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convaleſcit. Quod ſumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur legatum ex poſtfacto convaleſcere, quod initio vires non habuit, *l.* 1. *in pr.de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulpian. *d.l.cetera*.41. §. 2. Aliud tamen Celſi judicium fuiſſe, eumque in
1 hac quæſtione diſſenſiſſe a ceteris exiſtimat Cujac. Hotom. Bachov. per *d. l.* 1. §. 2. ubi ſic Celſus ſcribit; *Item ſi tibi legatus eſt fundus qui ſcribendi teſtamenti tempore tunc eſt, ſi eum vivo teſtatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim deceſſiſſet.* Et ſane locus ita ſcriptus eſt, ut parum abſit, quin idem ſentiam. Sed tamen videamus, quid obſtet, quominus verba illa, *ſi eum vivo teſtatore alienaveris*, dicamus eſſe teſtatoris, non Juriſconſulti, & poſita conditionaliter. An quia tum diverſo charactere ſcribenda fuerant, uti mos eſt Juriſconſultorum, quoties verba teſtamenti aut ſtipulationum recitant? At hoc negligi potuit a librario: nec perpetuo obſervatur, *l.ſi ſtipulatus*. 76. *in pr.* & §.1. *de verb. obl. l.*1. §. *in honorariis*.10. *de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l.*4. *de reg. Cat. d. l. cetera*. 41. §. 2. *de legat.* 1. ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati a Celſo proponi tanquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falſa ſit. Atqui etiam præcedens ſpecies in §.1. *d. l.* 1.*eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipſum ab eadem regula Celſus excipit. Denique difficulter adduci poſſum, ut credam, in diverſis Juriſconſultorum ſententiis aut Ulpianum aut Celſum ſuam ſimpliciter prompturos fuiſſe, quaſi in re certa minimeque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit, inepte Celſum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu æque inepte & prius exemplum a Celſo excipi. Verum ego puto, quod neſcio, an quiſquam alius animadvertit, Celſum peculiari quadam ratione duas illas ſpecies, quas proponit, quaſi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cum conditio in utraque ſpecie adſcripta talis ſit, ut deficiat, ſi ſtatim teſtator decedet, ſi longiuſcule vivat, impleri poſſit, fieri utroque caſu poteſt, ut contra quam regula definit, legatum, quod non valuiſſet, ſi ſtatim deceſſiſſet teſtator, valeat, ſi diutius vixerit. Ad cetera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent. Ceterum meminerimus, quod
initio dictum eſt, rem ſuam nemini recte legari, ſic 2
accipiendum eſſe; primum ſi ea res perfecte legatarii ſit; hoc eſt, ita ut avocari nequeat. Nam ſi rem ex bonis ejus, qui reipub. cauſa aberat, uſu acquiſierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata ſit, poſtea evincatur, recte ex teſtamento petam eam mihi dari oportere, *l.non quocunque*.82. §.1. *de legat*.1. Deinde ſi res legata legatarii ſit pleno jure: nam ſi quid juris in ea re aut teſtator aut alius habet, placet valere legatum, & utile eſſe in eo, quod juri legatarii deeſt. Pone, emphyteuſin, ſuperficiem, aut pignus teſtatori aut alii in re legatarii conſtitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. ſenatus*.43. §. *ult. l. ſi domus*.71.§.*pen. l. ſi tibi*.86. *in pr.* & §. *ult. de legat.* 1. *l.* 1.§.1 *de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum ſit, si alius in ea re uſumfructum habeat, arg. *l. cum filius*. 76. §. 2. *de legat.* 2. licet diſſentiat Accurſ. propter textum in *l. Mævius*.66. §. *pen. in fin. de legat.* 2. Quo in loco vitioſe legitur, *propter iſtas cauſas*, cum legendum ſit *præter*, ut bene Cujac. *lib.*v. *ad Afric. in l. etſi*. 25. *de vulg. & pup. ſubſt.* obſervavit. Et nonnulli in exemplaribus legi teſtis eſt Donell.VIII.*comm.*11, in quibuſdam

dam editionibus *præter* in margine adſcriptum vidi. Poſtremo ſi nec ea res teſtatori debita ſit: Nam debitori quod debet, recte legatur, licet dominus ejus rei ſit, *l.1.in pr.de lib.leg.* vid. *inf.* §. *ſi quis debitori.*13. VINN. Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic ſenſus eſſe. Dixerat Papinianus, fundo legato etiam uſumfructum recte peti, itemque tuendum fundum, ſi oppignoratus ſit, præſtandam poſſeſſionem, ſi alius poſſideat. Ne quis autem exiſtimaret, idem etiam locum habere, ſi res noſtra nobis legata ſit, addit; *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter iſtas cauſſas non valebit.* Id eſt, uti recte interpretatur Oſw. Hilliger. *Donell. enucl. Lib.* VIII.*cap.*11. non licebit ex ſuperioribus argumentum ducere. Et hinc aſſentiri non dubito Accurſio. Inter pignus enim & uſumfructum multum intereſt. Rem meam oppignoratam recipere non poſſum, niſi ſoluto ære alieno: uſusfructus ad me redit, mortuo uſufructuario, vel ex aliis cauſis. HEIN.

TEXTUS.

Si quis rem ſuam quaſi non ſuam legaverit.

11. *Si quis rem ſuam quaſi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Sed & ſi legatarii eſſe putavit, valere conſtat: quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.*

NOTÆ.

11. *Plus valet quod in veritate.*) Ratio hæc potius ad caſum ſequentem pertinet: nam hoc priore caſu etſi verum eſſet, alienam rem legatam eſſe, tamen legatum valeret; quoniam ſi ſuam eſſe teſtator ſciviſſet, multo facilius eam legaſſet per ea, quæ *ſup.* §.4.*eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Male ad priorem ſpeciem hujus* §. *accommodari regulam*, Plus valere, quod in veritate, *&c. & qua ratione iſto caſu ſuſtineatur legatum.*
2. *Prædictam regulam pertinere ad caſum poſteriorem, atque eos actus tantum, in quibus error gerenti non obſtat, quominus velit & poſſit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUpra §.4.audivimus, ſi teſtator rem alienam, ſuam eam eſſe putans, legaverit, legatum non valere, niſi ſingulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegeſi poſita & declarata. Quod ſi quis rem hæredis legaverit, quam exiſtimabat ſuam eſſe, Papinianus docet utile eſſe legatum, *l.unum.*67. §.*ſi rem.* 8. *de legat.*2. Hic ex converſo docemur, quid juris ſit, ſi teſtator rem ſuam legavit, quaſi alienam: item quid ſi legabit ſuam, cum crederet eam eſſe legatarii; placere autem, utroque caſu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, ſi ſuam rem legaverit quaſi hæredis, *arg. d.l.num.*67.§.*ſi rem.*8.

1 *Nam plus valet quod in veritate, &c.*) Puto, rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animadvertit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. caſum, & omnino pertinere ad ſequentem, cum quis rem ſuam quaſi legatarii legavit: Nam non recte hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur, verum eſt teſtatorem rem ſuam legaſſe: quoniam etſi opinionem attendas, aut quod opinabatur, verum eſſet, rem ſcilicet alienam eſſe, legatum tamen valeret. Eſt vero in promptu alia ratio, ob quam in propoſito falſa teſtatoris opinio non obeſt legato; nimirum quoniam, ſi alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredemque ſuum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuiſſe præſumitur, ſi ſciviſſet ſuam eſſe, *d.l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *de legat.* 2.

2 *Sed & ſi legatarii eſſe putavit, valere conſtat.*) Ad hunc caſum recte accommodabimus regulam, *Plus valere, quod in re & veritate eſt, quam quod in opinione.* Nam ſi hic opinionem ſpectari placeret, nullum eſſet legatum, quia quod legatarii eſt, inutiliter ei legatur. §. *prac.* Eſt autem regula iſta ex earum genere, quæ ad certos duntaxat caſus & actus pertinent: locum enim tantum in iis habet, in quibus error gerenti non obſtat, quominus velit & poſſit id, in quo errat. Ut ecce, in caſu propoſito falſa teſtatoris opinio non impedit, quominus rem ſuam legare potuerit; neque etiam quominus velle eam legatam exiſtimari debeat: niſi quis dicat, quotieſcunque res ſua legatario legatur, ideo legatum non valere, quia animus legandi deſit. Quod verum non eſt: neque enim ideo tale legatum inutile, quia voluntatem legandi teſtator non habuit; ſed quia voluntas ejus effectum ſortiri non poteſt, cum, quod alicujus jam eſt, id ejus amplius fieri non poſſit, §. *prac.* Hæc vero ratio cum ceſſet, ſi non legatarii, quod teſtator falſo exiſtimabat, ſed ipſius teſtatoris res eſſe deprehendatur, ceſſare quoque debet iſta diſpoſitio. Quod & ipſum Juſtinianus non obſcure ſignificat, cum ita infert; *quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.* Ejuſdem generis exempla, atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in *l.*4.§.1. *de man. vind. l. pen.* §. *qui ignoravit.* 4. *de jur. & facti ign.* In iis vero actibus, qui ab animo æſtimantur & pendent, certumque propoſitum gerentis requirunt, cujuſmodi ſunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata eſt, placetque, plus valere, quod eſt in opinione, quam quod in veritate, *l. is qui.* 15. & *l. ſeq.* junct. *l. qui hæreditatem.*19. *de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit, quominus fiat, quod fieri vere poterat, ſi quis ſciret, quod in re eſt: ac proinde quod verum eſt, procedere non ſinit. D. Hotomannus ſic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus poſſe opinionem.* Quod ego falſum eſſe puto. Nam etſi teſtator rem ſuam tanquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubie legatum: & contra ſi in facto errans rem legatarii legaverit tanquam ſuam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEX-

TEXTUS.

De alienatione, & oppignoratione rei legatæ.

12. Si rem ſuam legaverit teſtator, poſteaque eam alienaverit, Celſus putat, ſi non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, eum, qui poſt teſtamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe legatum non videri: & ideo legatarium cum hærede ejus agere poſſe, ut prædia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non eſt alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, ſi non adimendi animo alienata ſit.

NOTÆ.

12. *Si non adimendi animo)* Quod colligitur ex cauſa alienandi: nam ſi ea neceſſaria fuit, puta ex cauſa æris alieni, non creditur animo adimendi facta alienatio, *l.* 11. §. 12. *eod.* 3. ſi libera fuit, contra. Quomodo accipiendi textus in *l.* 8. *eod.* 1. *l.* 15. *de adim. leg. l.* 1. *&* 3. *de pecul. leg. &c.* aut ſi donaverit, nam in donationem non cadit iſtiuſmodi diſtinctio, *l.* 18. *de adim. leg. l.* 34. *in fin. de aur. arg. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus conjiciatur, utrum res legata adimendi legati cauſa alienata ſit, necne?*
2. *Reſponſum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*
3. *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

Pertinet hic locus ad *tit. ſeq. de adempt. leg.* eſt enim rei legatæ alienatio ſpecies tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipſo quod teſtator rem in alium transfert, recedere a priore voluntate videtur. Ceterum quia etiam legatum rei alienæ conſiſtit, poteſt hic oriri voluntatis quæſtio, an res adimendi legati animo alienata ſit, nec ne? ut, ſi non ſit, legatum adhuc peti poſſit. Quod hic docet Juſtinianus.

1 *Si non adimendi animo)* Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex cauſa nimirum alienandi; quæ ſi libera plane fuit, id eſt, ſi teſtator nulla neceſſitate compulſus eam alienaverit, puta donaverit, aut cum neceſſe non erat, vendiderat eam, animo adimendi id eum feciſſe creditur, *l. rem legatam,* 18. *l. legatum.* 24. §. 1. *de adim. leg.* ac de hoc caſu accipiendi textus in *l.* 7. *pr. de legat.* 1. *l. cum ſervus.* 15. *de adim. leg. l.* 1. *&* 3. *ſeqq. de pec. legat.* §. *ſi quis ancillas.* 17. *inf. item l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam intereſſe inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynſingerus eſt. Quod ſi cauſa alienandi neceſſaria fuit, id eſt, ſi teſtator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris neceſſitate, hic contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non eſſe; & ideo legatum peti poteſt, ni probetur, etiam in hac neceſſitate adimere ei teſtatorem voluiſſe. Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. *ſi rem.* 12. *de legat.* 3. quoniam præſumptio pro legatario eodemque actore facit, quaſi non videatur extinguendi legati cauſa alienare, qui etiamſi maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. 2 Ceterum diſtinctioni propoſitæ non parum obſtare videtur reſponſum Scævolæ in *l. prædia.* 27. §. *liberto.* 3. *de inſtr. legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem ſcripſerat, per præceptionem fundum legavit cum inſtrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cum moreretur. Reſpondet Juriſconſultus, ſine diſtinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus teſtator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex cauſa præceptionis pertinere, niſi contrariam voluntatem hæredes approbent. At vero ſi alienatio extra cauſam neceſſitatis facta argumentum eſt mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, niſi de contraria voluntate doceat libertus. Reſpondent nonnulli, in ea ſpecie Scævolæ venditionem vini factam ante factum teſtamentum. Ego magis Ant. Fabro aſſentior, qui *lib.* 1. *conj.* 6. reſpondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum eſt; & maxime cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei ſatisfactum eſt, *arg. l. quod vendidi.* 19. *de cont. empt.* §. *vendita.* 41. *ſup. de rer. div.* Plane pro qua parte pretium teſtator accepit, difficile dictu eſt, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptione ſummovendum eſſe.

Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt) Neque reſponſum Celſi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini reſcriptum. Fuiſſe tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatam.* 18. *de adim. leg.* junct. *l. fideicommiſſa.* 11. §. *ſi rem.* 12. *de legat.* 3.

Qui prædia pignori dedit, ademiſſe legatum non videri) Pignoris datio etſi proprie alienatio non eſt, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique ſoluto debito reſtituenda ſit: tamen pro ſpecie alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non al.* 3 Ceterum ipſum nomen pignoris ſatis indicat alienationis neceſſitatem: neque enim pignus dari ſolet, niſi ab eo, qui neceſſitate adductus eſt. Ut proinde recte & ſuperiori ſententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus reſcripſerint, eum, qui rem legatam oppignerat, adimendi animo hoc facere non videri; [illegible] ut ipſi loquuntur, *non videri voluntatem ſuam circa legatarii perſonam mutare.* Extat reſcriptum in *l.* 3. *C. de legat.* Enimvero audiendum nihilominus hæredem exiſtimem, ſi paratus ſit oſtendere animo adimendi rem a teſtatore pignori datam.

Cum hærede agere, ut prædia luantur) Hoc eſt, ut hæres de ſuo tantam pecuniam creditori ſolvat, in quantum prædia obligata ſunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præſtet, *d. l.* 3. *C. hoc tit.* quod tamen accipiendum eſt ſecundum diſtinctionem traditam ſub §. *ſed etſi.* 5. *eod.*

Si vero quis partem rei alienaverit, &c.) Hoc omnino præcedentibus eſt conſequens: nam quod juris eſt in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de tota.* 76. *de rei vind. l.* 28. §. 3. *eod.* Et ideo ſi pars tantum rei legatæ alienata ſit, pars quæ non eſt alienata, ſemper debetur; *l.* 6. *l.* 8. *in pr. de legat.* 1. quæ alienata eſt, debetur, aut non debetur, prout eam animo adimendi aut non adimendi alienatam eſſe conſtabit.

TEXTUS.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori ſuo liberationem legaverit, legatum utile eſt: & neque ab ipſo debitore, neque ab herede ejus poteſt heres petere, neque ab alio, qui heredis loco ſit. Sed & poteſt a debitore conveniri, ut liberet eum. Poteſt etiam quis vel ad tempus jubere, ne heres petat.*

NOTÆ.

13. *Neque ab herede*) Niſi legatum perſonæ debitoris cohæreat, *l.* 8. §. 3. *de lib. leg.*

Petere) Cum effectu ſcil. quia petens exceptione doli repelli poteſt: ipſo enim jure legato liberationis non diſſolvitur obligatio, *dict. l.* 3. §. 3.

Ut liberet eum) Nempe per acceptilationem, *d. l.* 3. §. 3. *l.* 22. *eod.*

Ad tempus) Cujus legati quæ ſit vis, diſce ex Pomp. *l.* 8. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberationem debitori jam certo jure recte legari.*
2. *Quis liberationis legatæ effectus?*
3. *Quis ejus legati, quo damnatur heres ad tempus non petere?*

QUod Titius mihi debet, id & Sempronio recte lego, & ipſi Titio debitori meo. Illud legatum eſt, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. ſub.* §. *tam autem.* 21. *eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præſenti §. Reſpondet *tit.* ff. *de lib. legat.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l.* 3. §. 1. *d. tit. fac. l. qui chirographum.* 59. *de legat.* 3. *l. ſervum.* 44. §. *eum.* 5. *de legat.* 1.

1 *Legatum utile eſt*) Liberationem debitori poſſe legari, jam certum eſt, ait Juriſconſultus in *l.* 3. *pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controverſum fuiſſe. Cur vero fuerit, ſignificare videtur idem Juriſconſultus *l.* 1. *pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea, quæ debent, recte legari, licet domini eorum ſint. Quippe noſtrum proprie non eſt, quod eſt in credito, *l.* 27. §. 1. *l.* 34. *de aur. arg. leg.* Boët. *in Top. Pecunia, quæ eſt in nominibus, non eſt noſtra.* Ex eo enim ſuſpicari licet, fuiſſe antea, qui negarent ipſi debitori, quod debet; recte legari; quia ſcilicet nemini res ſua legari poteſt: Sed eorum opinio merito exploſa eſt: nihil enim quod debitoris ſit, hoc legato contineri intelligitur, ſed jus tantum quod creditor habet, ſeu obligationem debitumve remiſſum.

2 *Neque ab ipſo debitore*) Legato liberationis non diſſolvitur ipſo jure obligatio, aut protinus ipſo jure debitor liberatur: ſed poteſt liberationis ſibi legatæ fructum duplici ratione conſequi; excipiendo, ſi debitum hæres petat; ſi non petat, ultro ex teſtamento agendo, ut liberetur, *l.* 3. §. *nunc.* 3. *l. quod mihi.* 22. *l. legavi.* 25. *in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur hæredem petere non poſſe, *l.* 2. §. 1. *l. ſi quis.* 15. *eod.* & hoc ipſo in textu, id ſic accipiendum eſt, non poſſe eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli.

Neque ab herede ejus, neque ab alio, qui heredis loco) Qualis eſt bonorum poſſeſſor, & is, cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt. Interdum tamen effectus hujus legati intra perſonam ſolius debitoris conſiſtit, veluti ſi quis ita dixerit, *Heres meus a ſolo Lucio Titio ne petito?* vel. *A Lucio Titio, quamdiu vivit, heredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret perſonæ legatarii, ad hæredem ejus non tranſit; ſicut nec ullum aliud jus perſonale ad hæredem tranſmittitur, *l.* 8. §. 3. *l. Aurelius.* 20. *eod. tit.*

3 *Ad tempus jubere, ne heres petat*) Poteſt hæres damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus eſt, ut hæres intra id tempus petens a debitore hæredeve ejus exceptione ſummoveatur. Ceterum debitor agere non poteſt, ut liberetur, *d. l.* 8. §. 1. nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuum obligationem tollit; nec pacto, quod exceptionem perpetuam parit, cum temporalem tantum ex teſtamento habeat. Ut autem hæres paciſcatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod teſtator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum eſt, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quam quod jam habet, exceptionem ſcilicet temporalem. VINN. Quin & is præcipuus hujus legati effectus eſt, quod interea uſuræ promiſſæ non debentur. *l.* 88. *ff. de R. J. l.* 117. *ff. de V. O.* HEIN.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario ſi debitor creditori ſuo quod debet, legaverit, inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato, quam in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod ſi in diem, vel ſub conditione debitum ei pure legaverit, utile eſt legatum propter repræſentationem. Quod ſi vivo teſtatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus ſcripſit, utile eſſe nihilominus legatum, quia ſemel conſtitit: quod & verum eſt. Non enim placuit ſententia exiſtimantium, extinctum eſſe legatum,*

quia in eam cauſam pervenerit, a qua incipere non poteſt.

Notæ.

14. *Si nihil plus in legato*) Nam ut legatum conſiſtat, neceſſe eſt in eo aliquid utilitatis ab initio verſari. *l. 29. de leg.* 2. *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc.* Alias non ex teſtamento agitur, ſed ex priſtina obligatione, *ὡς χρεος απαιτειται*. Schol. Theoph.

In diem, &c.) Vel ſi alio quocunque modo accidat, ut plus ſit in legato, quam in debito, v. *l.* 28. *& ſeqq. de leg.* 1. aut creditoris interſit, ex teſtamento potius agere, quam ex priſtina obligatione. *l.* 11. *de lib. leg.*

Quia in eam cauſam pervenerit) In hac ſententia videtur & Paulus fuiſſe, *l.* 82. *eod.* 2. qui tamen alibi fatetur, novum non eſſe, ut, quod ſemel utiliter geſtum eſt, duret, licet ille caſus extiterit, a quo initium capere non potuiſſet. *l.* 85. §. 1. *de reg. jur.*

Commentarius.

1. *Quot modis accidat, ut plus ſit in legato rei debitæ, quam in debito?*
2. *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3. *Quando locus ſit regulæ,* Quod ſemel utiliter conſtitutum eſt, durare, licet ille caſus extiterit, unde incipere non potuiſſet? *& quando locus regulæ contrariæ?*
4. *Pauli a Papiniano diſſentientis ſententiam a Juſtiniano improbari.*
5. *Jure C. & Inſt. vix eſſe, ut non ſit plus in legato, quam in debito.*

Ut conſiſtat legatum, neceſſe eſt in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio verſari, quemadmodum ſub §. 4. generaliter definivimus: ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, ſi quis creditori ſuo quod debet, legaverit; ut ſcilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere poſſit, uti non poteſt; si nihil amplius eſt in legato, quam in debito, legatum non valeat: ſin vero emolumenti quid contineat, aut quacumque ratione plus in legato ſit, quam in debito, utile ſit legatum, *l. ſi creditori.* 28. *cum l. ſeq. de legat.* 1. *l. Mævius.* 66. *de legat.* 2. *l. legavi.* 25. *ſub fin. de lib. leg. l.* 1. §. *ſi quis.* 10. *ad leg. Falcid.*

In diem vel ſub conditione debitum pure legetur) Hæc exempli tantum cauſa proferuntur: nam longe pluribus modis, quam his duobus, accidit, ut plus ſit in legato rei debitæ, quam in debito: & totidem mo-
1 dis fit, ut legatum ſit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat? Ut plus ſit in legato, quam in debito, primum efficitur debiti repræſentatione, puta ſi id quod ſub conditione aut in diem debetur, pure legetur: ſic enim fit, ut in legato plus ſit tempore. *l. ſin autem.* 29. *de legat.* 1. *& hoc text.* Secundo ſi quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hoc enim loco plus eſt in legato, quam in debito. *d. l.* 29. Tertio ut plus ſit in legato, ſæpe efficit nova actio ex teſtamento; nempe ſi ea vel efficacior ſit vetere, vel plenior. Efficacior eſt, ſi vetus removeri poterat exceptione; quæ exceptio legato debito remiſſa creditori intelligitur, *d. l.* 28. *de legat.* 1. Plenior eſt, ſi vel diuturnior, ut ſi vetus actio eſt honoraria; ubi ideo legatum valet, quia honoraria actio ſæpe temporaria, ex teſtamento civilis eſt & perpetua, *d. l.* 28, vel alias uberior, ut eſt actio ex teſtamento, quamvis alia actione ſtricti juris, propter incrementum uſurarum & fructuum, *l.* 3. *l. uſuræ.* 34. junct. *l. videamus.* 38. §. *ſi actionem.* 7. *de uſur. l.* 3. *C. eod.* proinde ſi id, quod ex ſtipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, legatum utile eſt. *d. l.* 28. §. 1. Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris intereſt ex teſtamento potius agere, quam ex priſtina obligatione. *l.* 11. *de lib. leg.* Erratque adeo perſpicue Weſemb. cum negat, ex eo ſolo videri plus eſſe in legato, quam in credito, quod nomine legati pinguior actio ſit. Sed & in eo nonnihil commodi eſt, quod ſpeciei a debitore eodemque domino legatæ dominium ſtatim in creditorem tranſeat, & pro ſola actione perſonali etiam in rem habere incipiat, *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Ceterum etſi hæc legata ob commoditatem novæ actionis ſuſtinentur; quia tamen hæreditatem non minuunt, neque ipſa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti poteſt. *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 3. §. 2. Ubi vero commodum eſt repræſentationis, pro modo iſtius commodi Falcidia inducitur, & fideicommiſſum valet. *l.* 1. §. *ſi quis.* 10. *ad leg. Falc. l.* 2. *de dot. præleg.* Si exceptio metuebatur creditoris, fideicommitti poteſt. *l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. Vinn. Poteſt & eatenus pinguis videri legatum, quam debitum, quod quum ex hoc actio duntaxat perſonalis competat, ex legato etiam naſcitur actio hypothecaria, ob hypothecam legatario competentem in rebus defuncti. *l.* 1. *C. comm. de legat.* Hein.

Propter repræſentationem) Id eſt, quia ex teſtamento præſenti die debetur. Repræſentare eſt ante diem aliquid præſtare aut ſolvere, vel antequam aliquid debeatur, ſolvere. Sueton. *Auguſt. cap. ult. l.* 1. §. 1. *de dot. præleg. l. Publius.* 36. §. 1. *de cond. & dem.* Cicero *Epiſt. ad Fam. lib.* XVI. *Ep.* 14. *Dies promiſſorum adeſt, quem etiam repræſentabo, ſi adveneris.* Seneca Epiſt. *ad Lucil.* 95. *Petis a me, ut id, quod in diem ſuum dixeram debere referri, repræſentem.* Gloſſ. vet. *repræſentare, εν ταχυτια ποιειν, repræſentatio, εμπαρουσιασμος.* Theoph. omnemque accelerationem ſignificat: ut in illis Ciceronis: *repræſentare improbitatem, lib.* XVI. *ad Attic epiſt* 2. *repræſentare libertatem,* 11. *Philipp. cap.* 46. Sic Curtius *lib.* VI. *cap.* 11. *repræſentare conſilium* dixit; pro *ante diem exequi.*

Papinianus ſcripſit, utile eſſe nihilominus legatum) Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti poſſit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus ſit, aut fideicommiſſum creditori impoſitum exigere liceat; utpote ſublata jam utilitate repræſentationis, quæ ſola legi & oneri locum facit, *l.* 1. §. *ſi quis.* 10. *ad leg. Falcid. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. præleg.* Quod viſum monere propter confidentiam Anton. Fabri, qui *lib.* IV. *conj.* 12. contra manifeſtam & auctoritatem juris & rationem affirmare auſus eſt, etiam in hoc noſtro caſu, cum dies venit aut conditio extitit, & Falcidiæ locum dari, & fideicommiſſum deberi. Falſo nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repræſentationis

Duntaxat, ſed in toto legato locum habere legatariumque ratione totius legati fideicommiſſo gravari poſſe; temere id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1. §. ſi quis. 10. eod.* & Ulp. *in d. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. prælег.* qui id diſerte negant, nulla neceſſitate committens. Utique nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommiſſum præſtet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil conſequitur, nullumque omnino commodum in re ſentit, *fac. l. ſi creditori. 28. §. 1. de legat. 1. l. 3. §. 2. de legat. 3.* Extat reſponſum Papiniani in *l. 5. ad leg. Falc.*

Exiſtimantium extinctum eſſe legatum, quia in eam cauſam, &c.) Hic iterum, ut *ſup. §. 11.* occurrunt duæ regulæ contrariæ; quarum una definit, *Quod ſemel utiliter geſtum eſt, durare, etiamſi ille caſus extiterit, a quo initium capere non potuiſſet.* Altera contra, *Negotium extingui, cum is caſus poſtea incidit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propoſitiones, ut conſtat, non poſſunt ſimul eſſe veræ ſimpliciter & in univerſum. Imo neutra earum perpetua eſt, aut vera in omnibus cauſis, *l. in ambiguis. 85. §. 1. de reg. jur. l. pen. §. ult. de*
3 *verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id eſt, quæ nihil futuri ad conſummationem deſiderant, ſine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter ſic geſta & conſummata ſunt, infirmari ob eam cauſam, quod ille caſus evenerit, a quo conſiſtere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confeſſo eſt, & ſemper conſtitit: exempla ſuppetunt *l. 8. de his qui ſui vel al. jur. l. oratione. 16. §. ult. de rit. nupt. l. donationes. 31. in pr. de donat. l. pen. §. ult. de verb. obl.* Quod ſi negotii geſti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius deſideretur, hic aliud atque aliud pro conditione caſus poſtea incidentis placet. Nam ſi quod poſtea intervenit, tale ſit, ut impediat, quominus negotium recte cœptum ad finem perducatur, placet quod ante geſtum eſt, reſolvi: ſi non impedit, durare quod bene geſtum eſt, exitumque ſuum ſortiri. Ut ecce, teſtamentum, legata, fideicommiſſa, etiamſi ab initio utiliter conſtituta ſint, non ſtatim tamen ita plene perficiuntur, ut nihil amplius ad conſummationem voluntatis deſideretur; reliquum enim adhuc eſt ut hæres ex teſtamento exiſtat, ut legatarius legatum conſequatur. Finge nunc, eum, qui teſtamentum jure fecerat, capite poſtea minutum eſſe, ſervum ſcilicet factum, aut deportatum, aut adrogatum. Dicimus, irritum fieri teſtamentum; nempe quia ſuperveniente ſervitute, deportatione, adrogatione, conditio perſonæ teſtatoris ſic mutatur, ut teſtamentum habere non poſſit, ac ne hæredem quidem omnino, *§. 4. ſup. quib. mod. teſt. inf. l. 6. §. irritum. 5. & ſeqq. de injuſt. rupt. l. 8. §. 1. & ſeqq. qui teſt. fac. l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* Finge, ſervo alieno quid legatum eſſe, eumque ſervum poſtea a teſtatore redemptum; dicimus ſimiliter, legatum extingui; quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere poſſit, *l. 3. §. ult. de his quæ pro non ſcript.* Ejuſdem generis exempla occurrunt, *l. inter. 83. §. ſacram. 5. de verb. obl. §. 2. inſ. de inut. ſtip. §. pen. inſ. de noxal. act. l. falſus. 43. §. ult. de furt. l. pro parte. 11. de ſervit. l. ſi a me. 11. de judic. l. huic ſcriptura. 15. in fin.* junct. *l. ſeq. ad leg. Aquil.* Sed finge, teſtatorem poſt teſtamentum factum incidiſſe in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amiſiſſe facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum. Hic contra dicimus: teſtamentum, quod antea recte factum erat, nullo horum caſuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus ſermoniſve amiſſio, nec bonorum adempta adminiſtratio impedit, quominus teſtamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas ceteraque relicta obtineantur, utpote ſtatum & fortunas ſuas teſtatore retinente, *§. 1. & 2. ſeq. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 6. §. 1. l. is cui 18. qui teſt. fac.* fuſe Don. poſt DD. vulg. *in d. l. pen. §.*
ult. de verb. obl. Ceterum non idem omnes in omni 4
ejuſmodi ſpecie ſenſiſſe apparet ex *l. exiſtimo. 98. de verb. obl.* Atque in caſu hic propoſito, cum quis quod in diem aut ſub conditione debebat, creditori ſuo pure legavit, & vivente teſtatore dies ſupervenit aut conditio extitit. Paulus in *l. debitor. 82. de legat. 2.* aperte diſſentit a Papiniano in *l. 5. ad leg. Falc.* Si demum jam mortuo teſtatore dies venerit aut impleta ſit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati: ſi vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici, quamvis ab initio conſtiterit: contra Papinianus, etiamſi vivo teſtatore dies venerit, &c. utile eſſe hujuſmodi legatum ſcribit, quia ſemel conſtitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequam dies aut conditio exiſtat, teſtator mortuus ſit: Papinianus unum tantum hic tempus teſtamenti ſpectandum, atque ex eo de vi & jure relicti ſtatuendum exiſtimat, quod conſentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani ſententiam rejecta Pauli Juſtinianus hic amplexus eſt.
Tota diſputatio hujus §. 1. quod Compoſitores ipſi 5
non animadverterunt, hodie inutilis pene & ſupervacua videtur: vix enim eſt, ut legatum debiti jam non ſit utile creditori, poſtquam Juſtinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti *l. 1. C. comm. de legat.* ut proinde uno tantum caſu nunc accidere poſſit, ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra cauſam legati jus pignoris habet, conſtitutum ſibi jam ante vel a debitore, vel a lege, ut in ſpecie §. proxime ſequentis. VINN. Nemo hanc rem accuratius tractaſſe videtur Viro eximio, Jac. Gothofredo in *Comment. ad l. 85. §. 1. ff. de R. J. p. 391.* ubi regulas has ita conciliat: I. *Quæ ex præſenti vires capiunt, quæque non tantum ab initio ſemel conſtiterunt, verum etiam utiliter conſtituta ſunt, quorumque* DIES *utiliter ante caſum exiſtentem* CESSIT, *ea durant, etſi caſus exſtiterit, a quo initium capere non poſſent*, niſi rei aut perſonæ ſtatus eſſentialis ita mutatus fuerit, ut jam adimpleri res nequeat: II. *Quæ ex præſenti vires non ceperunt, vel quamvis conſiſtant non tamen* CONSTITUTA *ſunt ante caſum exiſtentem, denique quorum* DIES *nondum* CESSIT, *ea evaneſcunt, emergente caſu, a quo initium capere non potuerunt.* Ex his duabus regulis egregie ſolvi quæſtiones ſingulares, idem Gothofredus per inductionem oſtendit, ſimulque docuit, diſſenſum veterum, quem jam Cujacius obſervavit, inde eſſe, quod non ſatis diſtinxerint illa: *negotium conſiſtit* & *negotium utiliter conſtitutum eſt*: quæ diverſa admodum eſſe, nemo non videt. HEIN.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. *Sed ſi uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius eſt legatum, quam de dote actio. Sed ſi quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſi quidem ſimpliciter legaverit, inutile eſſe legatum: ſi vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta dotis in prælegando demonſtrata ſunt, valere legatum.*

NOTÆ.

15. ***Plenius eſt legatum***) Propter repræſentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ενιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id eſt, tribus annuis penſionibus reddebatur. Ulpian. *tit.* 6. §. 5. Hodie autem dos rerum mobilium annua die præſtatur *l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.* In legato immobilium etſi non eſt repræſentatio. Ulpian. *d. loc.* & *d. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis. vid. *in comment.*

COMMENTARIUS.

1. *Jure antiquo in relegatione dotis ſemper plus fuiſſe, quam in obligatione.*
2. *An novo jure adhuc aliquid in ejuſmodi legato commodi?*
3. *Quid juris, ſi, quæ non accepta eſt, dos aut ſimpliciter legata ſit, aut demonſtrata certa quantitate vel corpore?*

SI *uxoris maritus dotem legaverit*) Exemplum legati rei debitæ: proinde quid hic ſtatuendum ſit, diſcamus ex ſuperiore regula, ut ſi plus ſit in legato, quam in debito, legatum valeat; ſi nihil amplius, legatum ſit inutile.

2 *Quia plenius eſt legatum, quam de dote actio*) Hæc verba arguunt, veteres ſemper exiſtimaviſſe, plus eſſe in legato, quam in obligatione dotis: ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, *fac. tit. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius eſſet, faciebat aut utilitas repræſentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima trima die, ενιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id eſt, tribus annuis penſionibus, redderetur: legatum autem ſtatim peti poterat, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *d. tit.* Ulpian. *tit.* 6. §. 5. aut commoditas novæ actionis: nam etſi ceteræ dotes ſtatim reddebantur, teſte Ulpian. *d. loc.* tamen dote prælegata hoc commodum ſentiebat uxor, quod dominium rei dotalis ſtatim ad eam redibat, actionemque in rem conſequebatur, cum pro dote repetenda perſonalem tantum actionem rei uxoriæ haberet, *arg. l.* 3. §. 2. *de leg.* 3. aut ſi dotem ſibi reddi ſtipulata fuerat, quod pro actione ex ſtipulatu conſequebatur actionem ex teſtamento, imitantem in pleriſque naturam actionum bonæ fidei: per *l. ſi creditori.* 28. §. 1. *de legat.* 1. Ad hæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; ſæpe etiam dos lucro mariti cedebat, vid. Ulp. *d. tit.* 6. *l.* 15. §. 1. *ſol. matr. l. un.* §. *taceat.* 5. & *ſeq. C. de rei ux. act.* quibus locus non erat dote relegata. Juſtinianus vero jus & petitionem mulieris ſic auxit, *d. l. un.* & *l. in rebus.* 20. *C. de jur. dot.* ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi poſſit; niſi quod jure legati etiam res dotales mobiles ſtatim reddendæ ſunt, quarum alioqui præſtatio anni dilationem ex conſtitutione Juſtiniani habet, *d. l. un.* §. *cum autem.* 7. *verſ. exactio.* Tentari tamen poteſt cum pleriſque interpretibus, etiam poſt conſtitutiones Juſtiniani relegationem in univerſum utilem cenſeri debere, propterea quod agenti ex teſtamento non poteſt objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametſi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit; *l. ſciendum.* 25. *de re jud.* ſufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere; *l. etiam filius.* 18. *ſolut. matr.* atque ita aliquando legatum utile eſſe poſſe, & ſolidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio, quod reus facere poſſet. VINN. Sed hæc commoda legati non adeo magni momenti ſunt. Actionem enim realem uxor ſoluto matrimonio habet tanquam domina dotis. Actio ex ſtipulatu de dote æque bonæ fidei & pinguis eſt, ac actio ex teſtamento, excepta repræſentatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentiæ ob legatum hoc amittant. vid. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 18. *ff. ſol. matr. l.* 25. *de re jud.* junct. *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. obſervavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenſtech. *in Admonit. ad ff. Part. V.* §. 116. HEIN.

Si quidem ſimpliciter, inutile eſt legatum) Si dos uxori prælegata ſit non deſignata certa quantitate aut certo corpore demonſtrato, & dos nulla data ſit, legatum inutile eſt: quia apparere non poteſt, quid aut quantum fuerit legatum. Neque hoc tantum in dote non accepta & ſimpliciter legata obtinet; ſed etiam in omni ſimili legato incertæ rei aut quantitatis, *l. ſi ſic legatum.* 75. §. 1. *de legat.* 1. *l. legavi.* 25. *ſub fin. de lib. legat. fac. l. cum poſt.* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.*

Si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta) Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*; aut, *Fundum Tuſculanum, mihi in dotem datum, uxori do lego,* aut, *Centum, quæ inſtrumento dotali conſcripta ſunt. l.* 3. *l. ult. C. de falſ. ca. adject. leg.*

Valere legatum) *d. l. legavi.* 25. *in fin. de lib. leg. d. l.* 3. & *ult. C. de falſ. ca. adject. leg. d. l. ſi ſic legatum.* 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Ratio aperta eſt, & expreſſa dictis locis; quia falſa demonſtratio legatum non vitiat: de quo pluſcula *inf.* §. *huic proxima.* 30. *eod.* Eadem ratione ſi major quantitas legato comprehenſa ſit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit. *l.* 6. *de dot. præl.* Obſtare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus ſcribit *l.* 1. §. *ſed & ſi,* 7. *eod. tit.* si quis ita legaverit. *Centum, quæ in arca habeo,* aut, *quæ ille apud me depoſuit,* & nihil in arca ſit, aut depoſitum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipſum ad caſum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed recte reſpondet Joan. Faber, referre, utrum legetur certa quantitas, ut quantitas; an ut certum corpus aut ſpecies, veluti *Centum, quæ in arca habeo; l. plane.* 34. §. *ſed hoc.* 4. *l. ſed ſi.* 51. *de legat.* 1.

Priore

Priore caſu falſam demonſtrationem non nocere legato: poſteriore idem juris eſſe, quod certo corpore, quod non extat, demonſtrato, ut ſiquidem extet quantitas ſic deſignata, legatum valeat: ſi non extet, inutile ſit. *l. ſi ſervus.* 108. §. *qui quinque.* 10. *de legat.*1. *l. omnia* 32. §. *ſpecies.* 5. *de legat.*2.

TEXTUS.

De interitu, & mutatione rei legatæ.

16. *Si res legata ſine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et ſi ſervus alienus legatus ſine facto hæredis manumiſſus fuerit, non tenetur hæres. Si vero hæredis ſervus legatus ſit, & ipſe eum manumiſerit, teneri eum, Julianus ſcripſit: nec intereſt ſciverit, an ignoraverit, a ſe eum legatum eſſe. Sed & ſi alii donaverit ſervum, & is, cui donatus eſt, eum manumiſerit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, a ſe eum legatum eſſe.*

NOTÆ.

16. *Sine facto hæredis*) Sive naturali interitu, v. g. ſi ſervus legatus ἰδίῳ θανάτῳ, *ſua morte*, ut Suet. *in Jul. c. ult.* defunctus ſit; ſive facto alieno: niſi mora hæredis intervenerit. *l.* 36. §. *ult. l.* 47. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 23. *de verb. obl.* Vide *in comment.*

Legatario decedit) Et hæres liberatur, ut & ceteri debitores, qui certam ſpeciem debent. *d.l.*23.

Sine facto hæredis manumiſſus) *l.* 35. *de leg.* 1. hæc enim manumiſſio morti proxima eſt. *l.* 92. *de ſolut.*

Nec intereſt ſciverit, &c.) *l.* 112. §. 1. *eod.* 1. *l.* 28. *qui & a quib. man. l.* 91. §. 2. *de verb.obl.* Ratio eſt in *l.* 25. §. 2. *in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1. *Servi alieni, qui legatus ſit, manumiſſione hæredem ita liberari, ut nec æſtimationem debeat, & quid ſi res legata evicta ſit?*
2. *Hæredem, qui ſervum proprium a ſe legatum vel ignorans manumiſit, obligatum remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de ſervo hæredis proprio?*

HUjus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in univerſum jus eſt, ut rei debitæ interitu, qui ſine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æſtimationis petitio ſuperſit. *l. ſi ex legat.* 23. *de verb. obl. l. in ratione.* 30. §. *res tamen.* 6. *ad leg. Falc. l. cum res.* 47. §. *ult. de legat.*1.

Si res) Id eſt, res certa, ſpecies, ſeu certum corpus, *l. non amplius.* 26. §. 1. *de legat.* 1. *d. l. ſi ex legati.* 23. *de verb.obl. d.l.in ratione* 30. §. *certis.*4. *ad leg. Falc.* idque ex prædicato, *perierit*, ſatis intelligitur, quod in res certas ſeu ſpecies ſolum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta eſt, nunquam dici poteſt res legata aut alias debita periiſſe: quoniam omnes homines, vocabulo hominis, & quicumque aurei generaliter & infinite centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum caſu ſive hæres ſive quis alius debitor liberetur. *d. l. in ratione.* 30. §. *incerta* 5. *ad leg. Falc. l. incendium.* 11. *C. ſi cert. pet.* Utrum autem certa ſpecies legata ſit; an quantitas inſtar certæ ſpeciei, veluti centum aurei, qui in arca ſunt, nihil intereſt. *d. l. in ratione.* 30. §. *certis* 4. *l. certos.* 37. *de verb.obl.*

Sine facto hæredis perierit) Sive naturali interitu, ſive facto alieno, puta ſi ſervum legatum alius occiderit, *l.arbitrio.*18. §. *ult. de dol.* Nam ſi ipſius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quam ceteris creditoribus, quæ facto debitorum contigerunt. Sed & ſi res naturali fato perierit, ceterum poſt moram ab hærede factam, hæredis id detrimentum erit, *l.cum.ſervus.* 39. §.1. *de legat.*1. Certa enim eſt juris regula, mora interveniente perpetuari obligationem, ut poſt moram re perempta nihilo ſecius teneatur debitor, quam ſi res adhuc extaret, *d. l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl l. nemo.*82. §.1. *l. ſi ſervum.* 91. §. *ſequitur.* 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.* de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, *perierit*. Periiſſe non tantum res intelligitur, cum in rerum natura eſſe deſiit: verum etiam cum commercio exempta eſt. §. 1. *& 2. inſ. de inut. ſtip. l.inter.*83. §.*ſacram.* 5. *de verb.obl. l. ſi mihi.* 92. *de ſolut.*

Legatario decedit) Hoc locis compluribus traditum, *l. non amplius.* 26. §. 1. *l. Titia.* 36. §. *ult. l. cum res.* 47. §. *ult. l. ſi quis inquilinos.* 112. §. 1. *de legat.*1. *d. l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl.* atque ut ſuperius diximus, jus eſt commune omnium debitorum, qui certam ſpeciem debent.

Sive facto hæredis manumiſſus) Etiam ſervi alieni legati manumiſſione hæres liberatur, ſi nulla ejus culpa argui poteſt. *l.ſi hæres.* 35. *de legat.* 1. *l. ſi ſervum.* 91. §. 1. *verſ. ſin autem. de verb. obl. l. ſi mihi.* 92. *de ſolut.* ubi Paulus hanc manumiſſionem ait morti ſimilem eſſe ſcilicet quia manumiſſione ſervus commercio eximitur. Quare nec æſtimationem præſtare hæres tenetur, 2 quam præſtare cogitur, cum res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, §. 4. *ſup.* Quid ſi res legata non perempta, ſed legatario evicta ſit? Et ſiquidem ex cauſa pignoris evicta ſit a creditore, hæres obligatus manet: nec intereſt, generaliter res legata ſit, an una aliqua ſpecialiter & certa: nam nec illo caſu ſufficit rem talem dare, qualis eſt, ſed ita dare oportet; ut eam habere liceat, *l. qui concubinam.* 29. §. *pen. de legat.* 3. *l. ſi a ſubſtituto.* 45. §. *eod.*1. & hoc caſu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. *ſup.* Sin autem evicta fuerit a domino, ut res aliena, hic intereſt, in genere res legata ſit, an in ſpecie: nam ſi in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ poſtea a domino evincatur, non liberabitur, ob eandem ſcilicet cauſam, quam modo dixi: si vero in ſpecie, puta Stichus aut Pamphilus, sic diſtinguendum eſt, ut si teſtator eam rem tanquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere, aut æſtimationem ejus dare, §. 4. *ſup.* si tanquam ſuam, placet hæredem liberari, mo-

modo præſtet rem talem, qualis apud teſtatorem fuit. *l. cum pater.* 77. §. *evictis.* 8. *de legat.* 2.

2 *Hæredis ſervus legatus, & ipſe eum manumiſerit*) Si hæres ſervum proprium a ſe legatum manumiſerit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æſtimationem, perinde quaſi occidiſſet; nec refert, ſciverit, an ignoraverit, a ſe legatum eſſe, *l. ſi quis inquilinus.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l. hæres.* 28. *qui & a quib. man.* quippe etiam manumiſſione res interire intelligitur, quia deſinit eſſe in commercio, & nemo ſuo ſe facto obligatione liberare, alterique damnum afferre poteſt, *l. quidam.* 25. §. 2. *in fin. ad Sen. Trebell. l. ſi ſervum.* 91. *de verb. obl.* Quod ergo dicitur, in *d. l. hæres.* 28. *qui & a quib. man.* hæredem ſervum proprium, quem teſtator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum; ut nihil agere dicatur: quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat; quod etiam Accurſ. obſervavit. Non obſtat huic ſententiæ, quod excuſatur ignorantia ejus, qui ſervum indebitum ſibi datum manumiſit, *l. in ſumma.* 65. §. *pen. de cond. ind.* nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta eſt, nihil revocare conſuevit, præter iniquum lucrum *l. pen. eod. tit.* Cur vero Juſtinianus hoc loco, & Juriſconſulti in *d. l. ſi quis inquilinos.* 112. §. 1. & *d. l. hæres.* 28. nominatim loquuntur de ſervo hæredis proprio? Nimirum quia hæres ſervum teſtatoris a ſe legatum aut per fideicommiſſum alteri relictum ne manumittere quidem poteſt, ſicut nec quamvis aliam rem, quam reſtituere juſſus eſt, alienandi poteſtatem habet. *l. ult.* §. 2. *comm. de legat.* Quin etsi ſub conditione ſervus teſtatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis ſit, placet tamen, libertatem ab hærede conſequi non poſſe. *l. generaliter.* 29. §. *qui & a quib. man.* Sed quid eſt igitur, quod Paulus in *l. ſi ſervum.* 91. §. 2. *de verb. obl.* ſcribit, Julianum putaſſe, teneri hæredem, qui cum neſciret, a ſe petitum codicillis ut reſtitueret, manumiſit? nam libertate non procedente non poteſt dici manumiſiſſe. Reſponſum ipſum Juliani, quod extat in *l. quidam.* 25. §. 2. *ad ſen. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus, ſervum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres reſtituere rogatus eſt, poſſe manumiſſione hæredis liberum fieri: ſed poſſe hæredem, qui hæreditatem reſtituere juſſus eſt, ſervum, qui ex ea hæreditate ſit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque ſervi fideicommiſſario præſtet. Inter quæ multum intereſt. Nam cum ſervus hæreditarius certus ſpecialiter legatus eſt, manifeſtum eſt teſtatorem velle hunc ipſum ſervum præſtari, non æſtimationem ejus. At in fideicommiſſo hæreditatis poteſt favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate ſit, alia interpretatio voluntatis recipi, quaſi ad ſenſum teſtatoris nihil interſit, utrum res ipſa, an æſtimatio præſtetur.

Sed & ſi alii donaverit, & is eum manumiſerit, &c.). Hæres, qui ſervum proprium a ſe legatum alteri donavit, quamvis eum a ſe legatum ignoret, tamen ſi is, cui donatus eſt, eum manumiſerit, tenetur in ſervi æſtimationem, *d. l. ſi quis inquilinos.* 112. §. 1. *de legat.* 1. Ratio eadem, quæ in ſpecie præcedente; quia facto hæredis accidit, ut ſervus commercio ſit exemtus, quod alteri damnum afferre non debet. Tantum hic non proxima, ſed remota cauſa hæres eſt.

TEXTUS.

De interitu quarundam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum ſuis natis legaverit, etiamſi ancillæ mortuæ fuerint, partes legato cedunt. Idem eſt & ſi ordinarii ſervi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui ſint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed ſi ſervus fuerit cum peculio legatus, mortuo ſervo, vel manumiſſo, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & inſtrumenti legatum extinguitur.*

NOTÆ.

17. *Idem eſt, ſi ordinarii cum vicariis*) Nam vicarii hic non conſiderantur, ut pars peculii ordinariorum, ſed ut eorum conſervi, ut & revera ſunt, *l.* 9. *d. t.* itaque etiam in hac ſpecie duo ſunt legata ſeparata. *l.* 4. *d. t.*

Sed ſi ſervus cum peculio, &c.) *l.* 1. *d. t.* Ratio eſt, quia peculium acceſſionis locum obtinet, cujuſmodi peremta re principali & ipſa extingui ſolent. *l.* 2. *d. t. l.* 178. *de reg. jur.*

Idem eſt, ſi fundus inſtructus) Quia nec hic duo ſunt ſeparata & principalia legata, ſed unum rei principalis, alterum acceſſionis; ſpectanda tamen mens teſtatoris, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *de inſtr. vel inſtrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Si ancilla cum ſuis natis legata ſit, duo intelligi legata ſeparata & æque principalia.*
2. *Idem eſſe, ſi ſervus cum vicariis ſuis legatus ſit.*
3. *Secus, ſi ſervus cum peculio, aut penus cum vaſis.*
4. *Aut ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento.*
5. *Paulus cum Juſtiniano conciliatus.*

HOc §. & 3. *ſeqq.* docetur, quid juris ſit, ſi rei legatæ vivo teſtatore vel deceſſerit aliquid, vel acceſſerit. Si aliquid deceſſerit, ita jus eſt, ut neque legatum extinguatur, niſi quod deceſſit, ſit principale, reliquum acceſſorium: neque hæres teneatur ſupplere, quod deceſſit, ſed præſtatione ejus, quod ſupereſt, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum ſuis natis; ſervorum ordinariorum cum vicariis, *hoc* §. legati gregis, §. *ſeq.* legati peculii, §. 20. Ceterum, ut dixi, ita quod ſupereſt, legato cedit, ſi id quoque principaliter legatum ſit, non ſi ut acceſſio ejus, quod deceſſit; nam peremta re principali etiam legatum acceſſionis extinguitur: quod oſtenditur hoc §. exemplo legati ſervi cum

cum peculio; item fundi cum inſtrumento legati. Si quid acceſſerit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui poſtea adjecta plura capita, §. *ſeq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid acceſſit. *d.* §. 20. Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, uſuræ, penſiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, inſula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Juſtinianus; *l. 8. l. quod in rerum.* 24. §. 2. & 3 *l. cum ſervus.* 39. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 10. *l. ſi area.* 39. *de legat.* 2. *l. ſæpe.* 16. *eod.* 3.

Partus legato cedunt) *l. ſi ancilla.* 62. *cum. l. ſeq. de legat.* 1. Poterat videri unum hic eſſe legatum principale, alterum, natorum ſcilicet, acceſſorium; quod etiam Servio viſum fuit, qui ob id mortua ancilla
2 negabat partum deberi. Sed revera liberi matris acceſſio non ſunt: ſtatim enim ut ſunt editi, ſeparatam plane habent exiſtentiam: & ideo recte Paulus ſcribit, duo hic eſſe legata ſeparata, hoc eſt, æque principalia, *l. 3. de pec. leg.* & Celſus in *l. ancillas.* 63. *de legat.* 1. ſententiam Servii ut falſam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque ſententiam Jo. Fabri & Aretini falſam eſſe puto, & voluntati teſtatoris minime conſentaneam, qui exiſtimant, ſi pecudes cum fœtu legatæ fuerint, morte pecudum legatum fœtus tanquam acceſſorium extingui. VINN. Genuina ratio, cur nec ancillæ partus, nec fœtus animalis hic pro acceſſione ancillæ, vel animalis haberentur, hæc eſſe videtur, quia poſt partum non pertinet ad ancillam vel animal, ſed ad dominum, adeoque hujus reſpectu utraque res erat ſeparata, utraque principalis, nullaque remanebat inter matrem & fœtum connexio. HEIN.

Idem eſt, ſi ordinarii cum vicariis) Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in caſu præcedenti: nam ut peculium ſervi acceſſio eſt, ita & ſervi vicarii, qui ſunt in peculio ordinariorum, *l.* 17. *de pecul.* etiam horum acceſſio videntur; ac proinde his mortuis illos ex legato non deberi. Illud utique certum eſt, mortuo ſervo ordinario, qui cum peculio legatus eſt, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in ejus peculio ſunt, debeantur. Et ſane fatendum eſt, ſervos vicarios acceſſionis locum obtinere, quatenus conſiderantur ut pars peculii ordinariorum: ceterum ex ſe non ſunt, ſed revera ordinariorum conſervi. *l. 9. de prec. leg.* Atque ut tales conſiderantur in caſu propoſito, cum diſerte cum ordinariis & ipſi legantur, ut hic quoque ſint duo legata ſeparata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur. *l. 4. d. tit.*

Sed ſi ſervus cum peculio) Servo legato cum peculio, & alienato vel manumiſſo, aut mortuo, legatum
3 etiam peculii extinguitur, *l. 1. de pec. leg.* Cur tam varie? quia peculium acceſſionis locum obtinet: cujus conditionis quæ ſunt, extingui ſolent, cum principales res peremtæ fuerint; ratio reddita a Cajo in *l. 2. d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vaſis legata & conſumpta, ne vaſa quidem deberi, *l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vaſa penuaria intereſt, quod peculium non eſt ſimplex & mera acceſſio, quæ neceſſario ſervum ſequatur: quippe ſi ſimpliciter ſervus legatus ſit, peculium legato non cedit, *l. ſi legatus.* 24. *de pecul. leg.* Sed vaſa penuaria pura puta ſunt acceſſio; & ideo penu ſimpliciter legata, vaſa quoque, ſine quibus recte penus haberi non poteſt, legato continentur, *l. 3. §. ult. d. l. 4. pr. de pen. legat.*

Si fundus inſtructus, vel cum inſtrumento) Exemplum ſimile proxime præcedenti: ideo enim fundo cum inſtrumento legato & alienato etiam legatum inſtrumenti extinguitur; quia hic non ſunt duo diverſa & ſeparata legata, ſed unum rei principalis, alterum acceſſionis & ſequelæ. Nam inſtrumentum fundi acceſſio eſt. Et ſi quidem ſic aliquis legaverit, *fundum cum inſtrumento*, alienato fundo inſtrumentum peti non poſſe ſemper conſiſtit, *l. 1. §. 1. l. 5. de inſtr. vel inſtrum. leg.* Ceterum an idem ſit, ſi ſic legaverit, *fundum & inſtrumentum*, aut *fundum inſtructum*, non ſatis convenit. Labeo *lib. 1. pithan.* putat, inter omnes haſce ſcripturas nihil intereſſe, *l. 5. de inſtruct. leg.* Juſtinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi inſtructi & legato fundo cum inſtrumento. Denique & Paulus eadem duo, ut eadem vim habentia, conjungit, *d. l. 1. in pr. eod. tit.* Verum idem Paulus in notis ad Labeonem *d. l.* 5. hanc ſcripturam, *fundum cum inſtrumento*, a ceteris diſerte ſeparat, ſic ut dicat, ex illa ſcriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis poſſe inſtrumentum eſſe legatum. Eguinarius Baro exiſtimat, Paulum cum Juſtiniano nullo modo conciliari poſſe: Hotomannus etiam ſecum pugnare, atque ex inſita ſibi cum Labeone ſimultate, ſolo Labeonis redarguendi ſtudio, contrarium reſpondiſſe. Verum ego, ut fatear, Paulum eo genere morbi laboraſſe, eoque correptum aliquando non ſatis bona fide cum Labeone agere, ut videre eſt in *l. pen. §. 1. & 2. de acq. rer. dom. l. ult. de uſur.* & fortaſſis ſic etiam Labeonem ab eo tractari, in *d. l.* 5. non arbitror tamen aut ſecum eum pugnare, aut cum Juſtiniano. Labeo 5
dixerat; inter ſuperiores ſcripturas omnes nihil intereſſe. Paulus ait, intereſſe: nam ex hac ſcriptura, *fundum cum inſtrumento*, alienato fundo nihil deberi: ex his, *fundum & inſtrumentum*, vel *fundum inſtructum*, poſſe inſtrumentum eſſe legatum. Quaſi dicat, in hac ſpecie, cum fundus cum inſtrumento legatus eſt, tam perſpicuum eſt, teſtatorem inſtrumentum acceſſionis loco habuiſſe, ut alienato poſtea fundo fruſtra de mente teſtatoris, quod ad legatum inſtrumenti attinet, diſputetur: quod ipſe *d. l.* 1. §. 1. *de inſtruct. leg.* ſic expreſſit, *fundo cum inſtrumento legato & alienato, inſtrumentum non vindicabitur ex ſententia defuncti*. Cum autem fundus & inſtrumentum, aut fundus inſtructus, legatus eſt, licet regulariter etiam utroque hoc caſu legatum inſtrumenti pro acceſſorio habeatur, eoque alienato fundo legatum inſtrumenti evaneſcat: tamen quia mens teſtatoris hic non tam plane ac perſpicua eſt, quam in ſpecie ſuperiore, ideo admitti poſſe quæſtionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus inſtrumentum, tanquam ſeparatim atque æque principaliter legatum, ex ſententia teſtatoris deberi, eoque probato legatarium vincere. Non pugnat igitur ſecum Paulus, cum in *d. l. 1. in pr.* ait, ſive cum inſtrumento

to fundus legatus ſit, ſive inſtructus, duo legata intelligi: nam in illa ſpecie alterum ſemper acceſſorium eſt, in hac poteſt utrumque eſſe principale. Sed nec cum Juſtiniano, quippe qui quod regulare eſt, hic tantum propoſuit: quod & fecit Labeo *d. l.5.* quem idcirco explicari potius a Paulo, quam taxari oportuit. Ad hunc ferme modum hæc quoque componunt Cujac. Weſemb. poſt Bart. *d. l. 5.* aliter. *l. 30. ibid.* Mynſ. Balduin. *hic.* Quanto plenius ſit legatum fundi inſtructi, quam fundi cum inſtrumento docet Ulpian. *l. quæſitum. 12. §. ſupellex. 15. & §. ſed ſi fundus. 27. cum ſeqq. de inſtruct. vel inſtrum. legat.*

TEXTUS.

De grege legato.

18. ***Si grex legatus fuerit, & poſtea ad unam ovem pervenerit, quod ſuperfuerit, vindicari poteſt. Grege autem legato etiam eas oves, quæ poſt teſtamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Eſt autem gregis unum corpus ex diſtantibus capitibus: ſicut ædium unum corpus eſt cohærentibus lapidibus.***

NOTÆ.

Si grex legatus, &c. quod ſuperfuerit vindicari) Quamvis grex eſſe deſierit, quæ ratio eſt dubitandi, *l. 22. de leg. 1.* Sed nimirum, qui gregem legat, etiam ſingula capita, quæ in eo grege ſunt, ut partes totius, legare intelligitur, per *l. 113. de reg. jur.* Aliud juris eſt in legato uſufr. gregis, *l. ult. quib. mod. uſ. am.* quia uſusfructus rei mutatione extinguitur, v. *ſup. §. pen. de uſufr.*

Unum corpus) De generibus corporum vid. *l. 30. de uſufr. & uſuc.*

COMMENTARIUS.

1. *Ratio dubitandi circa priorem ſpeciem hujus §. & cur non idem in legato uſufructu gregis? remiſſive,*
2. *Ratio exempli poſterioris.*

1 GRege legato, ſi numerus ovium decreverit, tamen quæ ſuperſunt, capita debentur, etiam ſi unica tantum ovis reliqua ſit, *l. ſi grege. 22. de legat. 1.* quo loco Pomponius etiam dubitandi cauſam ſignificat: quæ hæc eſſe poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, *§. ſi res. 16. ſup. eod.* Etenim grex etſi neque accretione neque decretione mutetur, ſed idem maneat; *l. ſi cum. 21. §. 1. de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit uſque ad numerum minorem decem, interiiſſe cenſetur, quia iſte numerus gregem non conſtituit, *l. ultim. de abig. l. ult. quib. mod. uſ. am.* vid. *l. 65. §. 1. de leg. 2.* Fabrot. *ad Th. h. l. 79. de leg. 3.* Gregem autem legavit teſtator, non ſeparatim ſingula capita, quæ aliud ſunt, quam grex. *l. 1. in fin. de rei vind.* Dicendum eſt, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege ſunt, legare intelligi; atque ideo quicquid ex grege ſupereſt die legati cedente legatario deberi. Licet enim capita, quæ ſuperſunt, pauciora ſint quam ut per ſe gregem conſtituant: tamen quotquot ſuperſunt, pars ſunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus eſt; ac proinde etiam legato continentur. *l. in toto. 113. de reg. jur.* Nam nec area inſula eſt: & tamen, ſi inſula legata combuſta ſit, reſponſum eſt, aream adhuc vindicari poſſe. *d. l. ſi grege. 22.* Nimirum quia area pars eſt aut fuit rei legatæ, id eſt, inſulæ. *l. qui res. 98. §. aream. 5. verſ. non eſt. de ſolut.* Nec eſt contrarium, quod traditur in *l. ult. quib. mod. uſ. am.* uſumfructum gregis legatum, ſi in eum numerum pecus reciderit, quo grex conſtare non poteſt, perire. Aliud enim longe juris eſt in legato gregis, aliud in legato uſufructu gregis. Diverſitatis rationem alibi diligenter expoſui ſub *§. pen. ſup. de uſufr.*

Ad unam ovem) Quamvis enim unica hæc ovis gregem non conſtituat, id eſt; univerſitatem multorum capitum; eſt tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem conſtituebant: ac proinde pars rei legatæ. vide & *l. peculium. 63. §. 1. de leg. 2. l. ſi chorus 79. de leg. 3.* Fabrot. *ad Theoph. hic.*

Poſt teſtamentum gregi adjiciuntur) Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo teſtatore aliquid acceſſit. Cui grex legatus eſt, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ poſtea gregi adjecta ſunt, *l. grege 21. de legat. 1.* Ratio eſt, quia teſtator non illum gregem, quantus tunc erat, ſed plane quantuſcunque erit, cum dies legati cedet, legaſſe intelligitur. In ſumma grex legatario creſcit & decreſcit. Eademque ratio legati armenti & equitii. 2

Unum corpus ex diſtantibus capitibus) Ut ædium, ſic etiam gregis unum corpus eſt: verum illud συνημμένον, id eſt, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter ſe cohærentibus conſtans; hoc διεστὸς, *disjunctum*, conſtans ex pluribus corporibus diſtantibus, ut populus, legio, collegium. *l. in rem. 23. §. item quæcunque. 5. de rei vind. l. rerum. 30. de uſuc.*

TEXTUS.

De ædibus legatis.

19. ***Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ poſt teſtamentum factum adjecta ſunt, legato dicimus cedere.***

COMMENTARIUS.

1. *Si area legata domus impoſita ſit, ſuperficiem ſimul cum ſolo deberi. Et quid ſi res legata in aliam ſpeciem mutata ſit?*

ALiud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora qualibet additamenta intelligenda ſunt, *l. cetera 41. §. item. 9. & ſeqq. de legat. 1.* Sed & ſi areæ legatæ domus impoſita ſit, placet domum, hoc eſt, & ſolum & ſuperficiem deberi, ut diſerte traditum eſt in *l. ſi area. 39. de legat. 2. & l. ſi ſervum. 44. §. ſi area. 4. de legat. 1.* ubi hæc quidem additur exceptio, niſi teſtator mutavit volun- 1

luntatem: ſed exceptio illa confirmat, ſolo eo facto teſtatorem voluntatem mutaſſe non videri, ac proinde in dubio aream cum ſuperficie deberi. Quippe cui ſuperficies etiam alias jure acceſſionis cedit; ut res aucta potius, quam mutata videatur. §. *cum in ſuo.* 29. *& ſeq. ſup. de rer. div. l. qui res.* 98. §. *ult. verſ. non eſt. de ſolut.* Non eſt contrarium, quod apud Cajum ſcriptum eſt, ſi domo, quæ legata erat, deſtructa, aliam eodem loco teſtator ædificaverit, legatum non deberi. *l. ſi ita legatum.* 65. §. *ult. de legat.* 1. quia deſtructione rei legatæ legatum interit, veluti ſi domum legatam teſtator diruat, navem legatam diſſolvat. *l. lana.* 88. §. 2. *de legat.* 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe fuerit approbatum. Magis obſtat locus Celſi in *l. ſi chorus.* 79. §. *pen. de legat.* 3. & omnino adverſatur, niſi hæc Celſi verba, *quanquam tunc peti non poterat*, per conceſſionem accipiantur. Ut ſit hic ſenſus; quamvis ponatur is caſus, quo tunc, id eſt, ſtante ædificio legatum peti non potuit, uti non poteſt, cum conſtat teſtatorem ſic ædificaſſe, ut nollet domum deberi; quæ exceptio eſt *d. l. ſervum.* 44. §. *ſi area.* 4. *de legat.* 1. tamen nunc, id eſt, ædificio deſtructo, poſſe aream peti, quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit, ne domus deberetur, ita Duar. *ad l.* 8. *de legat.* 1. Don. VIII. *comm.* 17. Quod ſi res legata in aliam ſpeciem mutata fuerit, ſi quidem ea ſpecies ad priſtinam materiam redire non poteſt, veluti ſi ex marmore ſtatua, ex lana legata veſtis, ex materia legata navis facta ſit, legatum intercidit, *l. quæſitum.* 78. §. *ſi illud.* 4. *d. l. lana.* 88. *pr. &* §. 1. *de legat.* 3. Si vero ſpecies, in quam res translata eſt, in ſuum initium redigi poteſt, veluti ſi maſſa legata, ſcyphi ex ea facti ſint, placet conſiſtere legatum, atque in hujuſmodi rebus materiam prævalere, *d. l. quæſitum.* 78. §. *illud* 4. *d. l. lana.* 88. §. *ult. fac.* §. *cum ex aliena.* 25. *ſup. de rer. div.* niſi tamen aut hæres probet teſtatorem a legato receſſiſſe, aut illic legatarius probet non receſſiſſe, quomodo accipi debet Ulp. in *d. l. ſervum.* 44. §. *ſi pocula.* 2. *de legat.* 1. adi Don. *d. cap.* 17. Cujac. v. *ad African. in l. qui uſumfructum.* 36. *de uſufr. &* XXIII. *obſ.* 22.

T e x t u s.

De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, ſine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo teſtatore, legatarii lucro vel damno eſt. Quod ſi poſt mortem teſtatoris ante aditam hereditatem aliquid ſervus acquiſierit, Julianus ait, ſiquidem ipſi manumiſſo peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem acquiſitum eſt, legatario cedere: quia hujuſmodi legati dies ab adita hereditate cedit: ſed ſi extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, niſi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, niſi legatum fuerit, manumiſſo non debetur: quamvis, ſi vivus manumiſerit, ſufficit, ſi non adimatur: & ita divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem reſcripſerunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber eſſe juſſus eſt, & ex eo reliqua inferre.*

N o t æ.

20. *Sufficit, ſi non adimatur*) Hoc enim ipſo, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obſcure id ei donat. *l.* 53. *de pecul. l. un. C. de pec. ejus, qui lib. mer.*

Quam in rationes dominicas) Hoc ideo, quia quod dominus ſervo debet, verum debitum non eſt: quamvis peculium augeat. *l.* 6. §. 4. *de pec. leg. l.* 7. §. *pen. de pecul.*

C o m m e n t a r i u s.

1. *Cujus lucro vel damno ſit, quod peculio legato vivo teſtatore accedit aut decedit?*
2. *Cur placeat, ſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, etiam quod poſt mortem teſtatoris ante aditam hereditatem extrinſecus acceſſerit, legato cedere: ſi extraneo, non item?*
3. *Explicatur* l. 8. §. ult. de pecul. legat.
4. *Cur ſervo teſtamento manumiſſo peculium non debeatur, niſi legatum ſit: inter vivos manumiſſum ſequatur, niſi ademptum fuerit?*
5. *Legato peculii non contineri, quod ſervus domino expenſum tulit.*
6. *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquiſque redditis, liber eſſe juſſus eſt.*

Multa ex hoc §. diſcimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati; deinde ſervo, qui peculium habet, manumiſſo, quem peculium ſequatur; tum legato peculii an contineatur, quod expenſum in rationes dominicas: poſtremo, qui rationibus reliquiſque redditis liber eſſe juſſus eſt, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo teſtatore) Peculium eſt inſtar univerſi alicujus patrimonii, in quo ſunt corpora & nomina ac jura, ſeu credita & debita. Paſſim *tit. de pecul.* unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, *l. peculium.* 65. *pr. de legat.* 2. Papyrius Fronto dicebat peculium ſimile eſſe homini: quippe naſci, creſcere, decreſcere, mori, *l. peculium.* 40. *de pecul.* Ait, *vivo teſtatore*. Neque hic diſtinguitur, utrum ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, an extraneo: neque etiam, utrum ex rebus peculiaribus auctum ſit peculium, an extrinſecus. Ratio eſt, quia quamdiu teſtator vivit, nullo caſu dies legati cedit, id eſt, nihil dum deberi intelligitur. 1

Quod ſi poſt mortem teſtatoris &c.) Si poſt mortem te-

teſtatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic intereſt, ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, an extraneo: deinde ſi extraneo utrum auctum ſit peculium ex rebus ipſis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio acceſſerit, puta ex operis aut quæſtu ſervi, ex donationibus aut legatis. Si ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, placet, omne argumentum legato cedere: ſi extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cetera non deberi, ſed ad hæredem pertinere, *l. 8. §. ult. de pec. leg. & hoc noſtro text.* Rationem diverſi juris mox audiemus.

Quia hujuſmodi legati dies ab adita hæreditate cedit) Ratio cur placeat in caſu, quo ipſi ſervo peculium legatum eſt, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit, ipſius
2 lucro eſſe. Unde quoque ſimul intelligimus, cur in caſu oppoſito penes hæredem illud maneat. Nimirum ſic in univerſum jus eſt, ut cum quæritur, quantum ſi in legato, id tempus inſpiciatur, quo dies legati cedit, *l. 8. §. ult. de pecul. leg.* id eſt, cum res legata deberi incipit, *l. cedere. 213. de verb. ſign.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere poteſt. Proinde ſi ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur; ſi poſt diem cedentem; id ſolum, quod res ipſa ex ſe producit. Jam vero quando ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum eſt, tam peculii legati, quam libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l. 7. in fin. cum l. ſeq. quand. dies legat.* quando autem extraneo, cedit ſtatim a morte teſtatoris, ſicut in ceteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus, & quæ ad hæredem non tranſeunt. *l. 2. cum 3. ſeqq. d. tit. l. un. §. in noviſſimo. 5. & §. ſeq. C. de cad. toll.* Conſentaneum igitur omnino eſt, ut peculium legatum ſervo creſcat, eumque ſequatur cum omni augmento uſque ad aditam hæreditatem extraneo, augeatur quovis quidem modo uſque ad tempus mortis teſtatoris; ceterum quod jacente hæreditate extrinſecus accedit, hæredis lucro ſit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis teſtatoris tempore, ei aperte adverſatur, quod ex Juliani ſententia Ulpianus in *l. denique. 8. §. ult. de pecul. legat.* ſcribit, ſi ipſi ſervo peculium legetur, *tempus ſpectandum, quo dies legati cedit*: ſi vero extraneo, *mortis tempus*. Ergo in extraneo mortis tempus, non eſt illud, quo dies legati peculii cedit. Pauciſſimi ſunt interpretes, qui hoc animadverterunt: & tamen locus iſte cum aliis omnibus, quibus pro certo jure traditur diem legati cedere a tempore mortis teſtatoris, tam manifeſte pugnat, ut ſine inculſatione Compilatorum pugna hæc ſedari non poſ-
3 ſit. Quid ergo dicimus? Nimirum Ulpianum cum Juliano reſpondiſſe ſecundum jus ſuorum temporum & Senatuſconſulta, quæ circa legem Papiam facta ſunt, ex quibus dies legatorum non a morte teſtatoris, ſed ab apertura tabularum cedebat, *d. l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Quam ob cauſam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt, petitam a conjectura voluntatis teſtatoris. Id vero antiqui juris veſtigium oculos ac manus conſarcinatorum ſugiſſe. VINN.

Id & alibi factum, veluti in *l. 104. & l. 31. ff. de cond. & demonſtr. l. fin. ff. de donat. mort. cauſſ. l. 3. §. ult. & l. 41. ff. de hered. inſt.* Quæ loca jam notavit Cujac. ad Ulpian. *Fragm. tit. 24. §. 31.* HEIN.

Niſi ex rebus peculiaribus) Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve pecorum. *d. l. 8. §. ult. de pecul. leg.* Hoc enim cum accedit, ipſum peculium ex ſe augetur atque amplificatur; ut hujuſmodi augmentum etiam poſt diem legati cedentem contingens merito legatarium ſequatur. *arg. §. item ea 19. ſup. de rer. div. l. 6. de acq. rer. dom.*

Peculium autem niſi legatum, &c. quamvis ſi inter vivos) Servo teſtamento manumiſſo peculium, niſi nominatim ei legatum fuerit, non debetur. *l. ſi legatus 24. de pec. leg.* At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium ſequi, ſi non adimatur, *l. ſi Sticho. 53. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Gloſſa ex Joanne hanc affert, quod inter vivos manumiſſus operas patrono debeat, in quarum compenſationem peculium ei relictum credendum ſit: libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præſtare teneatur. Schneidewinus ex Jo. Fabro hanc, quod dominus ſervum, quem inter vivos manumittit, majori affectione proſequatur, quam quem teſtamento: ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligitur liberalitatem: quam erga hunc, cui libertatem in id tempus confert, quo rebus ſuis amplius uti non poteſt. Hinc 4
eſſe, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemoſynam, quam qui moriens &c. Sed quid nodum in ſcirpo quærimus? Peculium ſervo vindicta, verbi cauſa, manumiſſo relictum, eum neque ut compenſatio operarum ſequitur; quippe quas etiam adepto peculio præſtaret; neque quia major putatur eſſe affectio domini erga ſervum, quem vindicta, quam quem teſtamento manumittit: licet enim hoc verum ſit, tamen cum morientes longe ſimus liberaliores, quam viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quam viventium. *l. in teſtamentis. 12. de reg. jur.* Denique & cum teſtamento & cum vindicta ſervus manumittitur, manumiſſio ipſa præter libertatem nihil ei tribuit: eſt enim manumiſſio non peculii datio, ſed libertatis. Sed quod vindicta manumiſſum peculium ſequi, placet, ſi id ei non adimatur: hanc rationem habet, quod duplex in tali caſu donatio eſt; una expreſſa, libertatis; altera tacita, minime tamen obſcura, peculii. Etenim cum dominus manumiſſo peculium non adimit, ſed id eum jam liberum ſibi habere permittit, hoc ipſo non obſcure id ei donat ac concedit, cum ſi donatum nollet, poſſet adimere. Hoc vero in manumiſſum teſtamento quadrare non poteſt, qui non niſi poſt mortem teſtatoris libertatem conſequitur, hoc eſt, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non poteſt: & quia cum poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud hæredem ſuum cum cetero jure manere voluiſſe cenſetur. *fac. d. l. ſi Sticho. 53. de pecul. d. l. un. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas) Quamvis quod ſervus domino expenſum tulit, id eſt; quod 5

ei

ei dominus debet, peculium ſervi augeat, veniatque in actionem de peculio; *l. 7. §. pen. de pecul.* tamen quia verum debitum non eſt, nec ex ea cauſa actio ſervo competere poteſt, placet peculio legato id non contineri. *l. 6. §. ſicut. 4. de pecul. leg.* Quin etiam reſponſum eſt, ſi ſervo inter vivos manumiſſo peculium ademtum non ſit, ac proinde conceſſum, tamen eum debitores peculiares convenire non poſſe, niſi mandatis ſibi actionibus, *d. l. ſi Sticho. 53. de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus ſcribit, peculio legato, *τα εν προχειρω οντα και εν ετοιμω*, *quæ in promptu, & in parato ſunt*, duntaxat dominum legaſſe cenſeri.

Et ex eo reliqua inferre) Ex eo ſolo, quod quis ſervum ſuum liberum eſſe juſſit, ſi rationes reddidiſſet, peculium ei legatum defendi non poteſt: nam nec ſi vetuiſſet teſtator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum cenſeretur. *l. dominus. 23. §. 2. de*
6 *pec. leg.* Ceterum ſi rationibus redditis reliqua, id eſt, quæ putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio ſolvere, aut certam ſummam hæredibus inferre juſſus ſit, ei quod in peculio ſupereſt, legatum intelligitur, *l. 8. §. interdum. 7. d. tit.* Nam qui ſervum ex peculio, quod debet, aut partem peculii inferre juſſit, non poteſt non videri de cetero aliter ſenſiſſe, *per l. quæſitum. 12. §. idem reſpondit. 43. verſ. denique Neratius. de inſtruct. vel inſtrum. legat.*

T e x t u s.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari poſſunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, poteſt alicui legari, ut actiones ſuas hæres legatario præſtet: niſi exegerit vivus teſtator pecuniam. Nam hoc caſu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet;* Damnas eſto hæres meus, domum illius reficere: *vel*, illum ære alieno liberari.

N o t æ.

21. *Actiones legatario præſtet*) *d. l. 43. §. 6. d. l. 75. §. 2. eod. 1.* Sed & non expectata ceſſione actionum directarum utilibus ſuo nomine experiri poteſt. *l. 18. C. eod.*

C o m m e n t a r i u s.

1. *Legato nominis quid contineatur?*
2. *Extingui hoc legatum, ſi dum vivit teſtator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro ſolutum: & quare?*
3. *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumſtantiis.*
4. *Quid juris, ſi cum debitum peti cæptum eſſet, teſtator inter moras judicii, aut nondum facta ſolutione, deceſſerit?*
5. *Etiam facta legari poſſe, ut qui juſſus eſt facere, parere debeat, & quibus conditionibus?*

Concludi hic videtur locus de rebus, quæ recte legentur. Duo autem ſunt, quæ hoc §. docemur. Unum eſt, poſſe legari tam res incorporales, quam incorporales. In textu trajectio eſt. Alterum, non ſolum res, quæ proprie & ſpecialiter ita dicuntur, legari poſſe, ſed etiam facta.

Quam incorporales) Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, veſtis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari poſſunt: ſed etiam incorporales, ut uſus, uſusfructus, ſervitutes prædiorum, pars hæreditatis aut bonorum liberatio, actio ſeu nomen debitoris. Et hoc eſt, quod Juriſconſultus ait, & corpora omnia & jura & ſervitutes legari poſſe, *l. cetera. 41. in pr. de legat. 1.* Quid uſu, uſufructu; quid ſervitute legata legato contineatur, explicatur propriis *tit. in ff.* quid legata parte hæreditatis, *l. 8. §. ult. de legat. 2. l. mulier. 22. §. ult. ad ſen. Treb.* quid parte bonorum, *l. 9. de legat. 2. l. non amplius. 26. §. 2. l. ſi quis. 23. de legat. 1.* De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus ſup. §. *ſi quis debitori. 13.* agiturque de eo item tit. proprio in *ff.* Hic de legato nominis agendum eſt.

Quod defuncto debetur, poteſt alicui legari) Quod mihi debetur, & debitori meo recte lego, quod legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Sejus ex cauſa mutui debet, Titio do, lego, l. ſi ſic legatum. 75. §. 1. & 2. l. non quocunque. 82. §. pen. de legat. 1.* eſtque id legatum, quod paſſim nominis appellatur, *l. ſervum. 44. §. ſed etſi. 6. de legat. 1. l. 11. §. ergo. 13. l. nomen. 34. l. qui chirographum. 59. de legat. 3. l. ex legato. 18. C. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque ſeu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas ſolum, *d. l. ſervum. 44. §. cum. 5. de legat. 1. d. l. qui chirographum. 59. eod. 3.*

Ut actiones legatario præſtet) Legato nominis nihil amplius continetur, quam ut actiones ſuas hæres præſtet. *d. l. ſervum. 44. §. ſed & ſi. 6. d. l. ſi ſic legatum. 75. §. 1. l. legatum. 105. de legat. 1.* Ex quo intelligere poſſumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede poſſe exigi, neque periculo ejus nomen eſſe; ſed ceſſione actionum, licet inanium, ſi forte debitor ſolvendo non ſit, hæredem defungi: tum etiam nullum eſſe tale legatum, ſi nihil debeatur, & vel eo etiam caſu, quo certam quantitatem teſtator expreſſit, veluti ſi dixerit, *Decem, quæ mihi Sejus debet, Titio lego d. l. ſi ſic legatum. 75. §. 2.* Atque olim quidem ſive nomen legatum fuerat, ſive venditum aut donatum, nulla actio legatario venditori aut donatario prodita erat, qua ſuo nomine cum debitore experirentur; ſed expectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones ſuas mandaret; quibus mandadatis, non ſuo, ſed mandantis nomine, & procuratores in rem ſuam experiebantur. Poſtea vero his utiles actiones adverſus debitores tribui cœperunt, quas ſuo nomine, non exſpectata ceſſione directarum, exercerent, *l. ex legato. 18. C. hoc tit. l. 5. & l. 7. C. de hæred. vel act. vend. l. ſi cum. 16. in pr. de pact.* Quod ideo videtur conſtitutum eſſe, quia ceſſio actionum ſæpe protrahebatur: & interdum nec cedi actio poteſt, ut in ſpecie *l. 1. C. de obl. & act.* 1

Niſi exegerit teſtator pecuniam) Nominis legatum ita de- 2

demum effectum habet, ſi debitum a vivo teſtatore exactum non fuerit; ceterum, ſi teſtator poſt factum teſtamentum pecuniam a debitore exegerit, legatum extinguitur, teſte Ulp. *d.l.ſi ſic legatum* 75.§.2.*de legat.* 1. Quod hic confirmat Juſtinianus. Ratio hujus rei eſt, quia teſtator exacto debito, quod legaverat, ademiſſe legatum videtur; quemadmodum & ille, qui rem legatam poſtea alienavit, *l.fideicommiſſa.* 11. §.*ſi rem.*12.*& ſeq. de legat.*3. Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quam ubi res legata poſtea alienatur. Nam res, tametſi alienata eſt, durat, legatumque conſiſtere poteſt, licet res aliena facta ſit: at cum nomen exactum eſt, extinguitur ipſa ſubſtantia debiti; *ἡ συςασις τȣ χρεȣς*, hoc eſt, illud ipſum, quod legatum eſt, perimitur, ut fruſtra deſideraturus ſit legatarius actiones ſibi ab hærede præſtari, quæ nullæ ſuperſunt. Hæc differentiæ ratio indicatur, *d.l.fideicommiſſa.*11.§.*ergo.*13.*& d.l.ſi ſic legatum.*75.§.2. nec abſimile eſt, quod traditur in *l.*7.§.*liberatio.*4.*de lib.leg.* legatum liberationis evaneſcere, ſi dum vivit teſtator, debitum exactum fuerit. Sed & ſi ultro, quod debebatur, ſolutum eſt, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, ſicut & liberationis, extinguitur. *l. ſi id.*21. *de lib. leg.*

3 Enimvero etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumſtantiis, *l.pen.*§.*ult.de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum eſſe, quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro depoſito teſtatorem habuiſſe; poterit legatum aut fideicommiſſum peti, quaſi non hoc animo teſtator debitum exegerit, ut legatum adimeret, *d l fideicommiſſa.*11.§.*ergo.*13. Petetur autem hoc caſu legatum recta ab hærede: nam fruſtra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones ſibi cedantur. Quippe quæ debitore liberato nullæ ſuperſunt. Similiter ſi debitor ultro pecuniam obtulit, & acceptam item pro depoſito teſtator habuit, placet legati aut fideicommiſſi petitionem ſupereſſe, quaſi voluntate non mutata, *d.*§.*ergo.*13.*l.fideicommiſſa.*11. Exigi vero etiam in hoc caſu videtur, ut in depoſito ſit habita pecunia; ſecus autem eſſe, ſi ut in ſolutum data, ita ſimpliciter in ſolutum accepta ſit, *arg.d.l.fideicommiſſa.*11.§.*ergo.*13.*d.l. ſi id.* 21. *de lib. leg.* ubi ſimpliciter Juriſconſultus reſpondet, ſolutione debiti extingui legatum nominis. Gloſſa tamen diſtinguendum putat inter debitorem, qui ultro ſolvit, & qui a creditore conventus: quam diſtinctionem Scheidewino probari video. Ait, *niſi*

4 *exegerit*. Quid ergo, ſi cum pecunia peti cœpta eſſet, teſtator inter moras judicii, aut etiam poſt ſententiam nondum facta ſolutione deceſſerit? Bartol. *in l.nepoti.* 9.*de inſtruct. vel inſtrum. leg.* eumque ſecuti Angel. & Mynſ. *hic* putant, eo caſu petitionem legati ſupereſſe, nec intelligi ademptum legatum, quamdiu res non deſiit eſſe plane integra. Et vero ſi rem legatam vendidiſſet teſtator, eaque nondum tradita deceſſiſſet, legatum pro extincto non eſſe habendum probat textus in *l. prædia.*27.§.*liberto.*3.*de inſtruct.vel inſtrum.leg.* Quod etiam nobis videri ſupra diximus in §. *ſi rem.* 12. Sed non ſunt hæc prorſus ſimilia. Et alienatio rei legatæ non neceſſaria, & petitio debiti, argumenta ſunt mutatæ voluntatis. Ceterum nuda venditio ſeu quæ traditione conſummata non eſt, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; ideo ſcilicet, quia traditio arbitrii venditoris ejuſdemque teſtatoris eſt, qui rei dominio, quod transferre poterat, retento, & maxime ſi neo pretium acceperit, non videtur protinus legatum ademptum voluiſſe. Non debet autem legatario prodeſſe, quod moras nectit debitor, aut judex ſententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta conſumitur, licet nova naſcatur judicati. Nihil ſane pro Bartoli ſententia facit *d.l. 6. de inſtr.leg.* Nam in ſpecie illic propoſita vel maxime debetur, quod exactum eſt, idque pro confeſſo ſumitur: ſed dubitatur, an ſi debitor condemnatus vivente teſtatore non ſatisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex ſententia judicis debitum nec dum ſolutum eſt, propter verba legati: *Quod meum erit*. Quibus teſtator uſus proponitur.

Damnas eſto hæres meus domum illius reficere) Etiam facta, ut diximus; recte legantur aut in fideicommiſſum deducuntur. Id eſt, damnari poteſt hæres, aliuſve, qui teſtamento obligari poteſt, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui juſſus aut rogatus eſt, parere debet; modo ne quod fieri ſcriptum eſt, contra jus vel bonos mores ſit, *l. ſi quis.* 112. §.*pen. de legat.*1. aut æſtimationem non recipiat, veluti ſi hæres liberos ſuos emancipare juſſus ſit, aut extraneum aliquem adoptare, *l.filiusfam.* 114.§.*ſed ſi* 8.*de legat.*1.*l.uxorem.*41. §. *ejus hæres.* 8. *de legat.*3. junge tamen *l. ſi cui.* 92.*de cond. & dem.* Facere jubetur hæres & licite in exemplis hic propoſitis; cum damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare, & ſimilibus, veluti ſi jubeatur alteri domum vel monumentum extruere aut fundum vendere. *l. mortuo.* 49. §. *ult. de legat.* 2. *l. ſi cui.* 49. §. *antepen. & ſeqq.eod.*1.*l.fideicommiſſa.*11.§.*ult. eod.*3.Paul.1.11.*ſent.*6. Non facere, veluti ſi vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l.filiusfam.*114.§. *cum pater.*15. *de legat.* 1. *l. peto.* 69. §. *fratre.* 3. *eod.* Plane ſi id, quod fieri juſſum eſt, ad nullius utilitatem pertineat, veluti ſi teſtamento quid vetitum alienari, nec cauſa expreſſa ſit, & perſona ignoretur, propter quam teſtator id fieri velit, placet ſcripturam, quaſi nudum præceptum contineat, nullius momenti eſſe, *d. l. filiusfam.*114. §. *Divi.* 14. *l. pater.* 38. §. *Julius.* 4. *l. Lucius.* 93. *in pr. de legat.* 3. Ejuſdem generis ſunt, quæ a Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa ſepulturam voluntates, veluti ut veſtes aut ornamenta in funus impendantur. *l. ſervo.* 113. §. *ult. de leg.*1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.*

Textus.

De legato generali.

22. *Si generaliter ſervus, vel res alia legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit.*

Notæ.

22. *Si generaliter*) Valet legatum generis cum corpora ei ſubjecta ſunt uniuſmodi, eadem forma interna

na & natura conſtant, veluti ſi homo, equus aut bos legetur: alias inutile eſt, v. c. ſi animal legatum ſit. Sed & ſi domus legata ſit aut fundus, nec fundum ullum aut domum teſtator habeat, magis deriſorium, quam utile legatum eſt, *l. 69. §. 4. de jur. dot.* fac. *l. 71. de leg.* 1. nimirum quia iſta certam determinationem a natura non habent, & nimium quam utilitate diſtant, *l. 24. §. 2. eod.* 1.

Electio legatarii eſt) *l.* 108. *§. 2. eod.* 1. *l.* 2. *§. 1. de opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l.* 34. *§. pen. eod.* 1. *l.* 23. *eod.* 2. Aliud eſt in contractibus §. 33. *verſ. Huic autem. inſ. de act. l.* 10. *in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quam ultimæ voluntates interpretationem recipiunt. *l.* 12. *de reg. jur.* Non eſt autem electio hæc plane libera, v. *l.* 37. *de leg.* 1.

Aliud teſtator dixerit) Aut ſermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis: nam per exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati teſtatoris. §. 2. *ſup. eod.* Weſ.

Commentarius.

1. *Quid prudentibus ſit genus, quid ſpecies?*
2. *Definitionem hujus §. ad genera ſumma aut ſubalterna non pertinere, ſed tantum ad genus infimum; nec tamen alter, quam ſi ſpecies huic generi ſubjectæ certam a natura habeant determinationem.*
3. *Si res generi legato ſubjectæ natura determinatæ non ſunt, legatum inutile eſſe, niſi teſtator res ex eo genere habeat: & num hoc etiam in fundo ſimpliciter legato obtineat?*
4. *Ubi utile eſt legatum generis, regulariter electionem eſſe legatarii.*
5. *Vetus & ſpecioſa inter genera legatorum circa poteſtatem eligendi differentia.*
6. *An iſtius differentiæ ratio adhuc habenda, poſtquam legatorum omnium una cœpit eſſe natura?*
7. *Quibus caſibus hæredis ſit electio, etiamſi teſtator id non expreſſerit?*
8. *Electionem in caſu noſtro non eſſe uſquequaque liberam: & quid hic jure patrio?*

1 INſignis hic locus eſt, & difficilis. Illud primo notandum, genera a noſtris dici ea omnia, quæ ſub appellatione communi plures res huic appellationi ſubjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum ſpecies eſſe ajunt, genera eſſe negant: cujuſmodi ſunt, verbi cauſa, homo, equus, bos: ſpecies autem noſtris eſſe, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non eſſe ſpecies contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo noſtri communem uſum loquendi ſequuntur; veluti cum dicunt, in mutuo recipi non eandem ſpeciem, ſed genus; pro quo in ſcholis dicerent, non idem numero, ſed idem ſpecie. Quin etiam ex ſententia quorundam philoſophorum revera quæ de individuis prædicantur, genera ſunt, ſcilicet infima, individua ipſa ſpecies, nempe ſpecialiſſimæ: atque adeo ab ipſo etiam Ariſtotele ſic appellantur, ut videre eſt *lib.* II. *philoſ. cap.* 3. & *lib.* III. *cap.* 4. *item lib.* 1. *de part. animal. cap.* 4. Denique non omne

2 legatum generis valere. Interpretes primum & recte hinc removent genera ſumma & ſubalterna, veluti ſi quis ſubſtantiam, corpus, aut animal ſimpliciter leget: quia in his ea eſt infinitas generis, ut rem leviſſimam ex eo genere, & vel minimam de mundo, ut loquuntur, hæres præſtando liberaretur. Dein in genere infimo, quod, uti diximus, in ſcholis eſt infima ſpecies, recte diſtinguunt inter res huic generi ſubjectas, ut, ſi tales ſint quæ certam determinationem habeant a natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valet, *l.* 13. *l. legato* 37. *in pr. l. ſi ſervus.* 108. *§. 2. de legat.* 1. *l. hæredes.* 25. *§. ſi incerto.* 17. *fam. erciſ.* Si vero natura determinatæ 3 non ſint, ut fundus & domus, (quippe quæ non natura, ſed deſtinatione hominis conſtituuntur, *l.* 24. *§. quod ſi.* 3. *de legat.* 1. *l. locus.* 60. *de verb. ſign.*) in eo omnes conſentiunt, ut ſi teſtator nullas ædes aut fundos habuerit, ex ſimplici harum rerum legato nihil debeatur, magiſque deriſorium tale legatum ſit, quam utile, *l. ſi domus.* 71. *de legat.* 1. *l. cum poſt.* 69. *§. gener.* 4 *de jur. dot. l. ita ſtipulatus.* 115. *in pr. de verb. obl.* utpote quod a ſuperiore nihil aut parum utilitate diſtet; aut, quod magis puto, quia his rebus ſimpliciter legatis, nulliſque a teſtatore relictis, tanta eſt incertitudo, ut nullo modo definiri poſſit, quantum præſtari debeat, ac proinde ſimiliter habendum, ac ſi corpus ignotum legatum ſit. *d. l. cum poſt.* 69. *§. gener.* 4. Quod ſi teſtator fundos aut ædes habuerit, ædibus ſimpliciter legatis, omnes conſentiunt, legatum eſſe utile, unaſque ex his, quas teſtator reliquit, deberi; eſtque in eam rem textus apertus in *d. l. ſi domus.* 71. *in pr.* At ſi fundum in genere legaverit, alii non magis hoc caſu legatum valere putant, quam ſi nullos fundos teſtator habuiſſet: alii tam fundi legatum utile eſſe, quam domus; unumque ex fundis, quos teſtator regionibus diſtinctos habuit, præſtandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum eſt, fundo non demonſtrato, nec legatum ullum, nec ſtipulationem eſſe, *d. l. cum poſt.* 69. *§. gener.* 4. *d. l. ita ſtipulatus.* 115. *in pr.* pro his exemplum ædium legatarum, *d. l. ſi domus.* 71. *de legat.* 1. quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur: *argum. d. l.* 24. *§. pen. de legat.* 1. tum quod cum teſtator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de ſuis eum rebus ſenſiſſe exiſtimandus ſit, uti reſponſum eſt, ſi quis hæredem damnaverit vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum ſic eſſe accipiendum, quaſi teſtator legaſſet vinum, oleum, frumentum ſuum, & tantum, quantum ex his generibus habuit. *l. 7. de trit. vin. ol. leg.* Cui ſententiæ, quæ eſt Petri de Bellapert. in *d. l. ita ſtipulatus.* 115. ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipſum incertum eſt, vel teſte Gomezio & ipſo contrariæ ſententiæ aſſertore, 1. *reſol.* 12. *num.* 32. & 11. *reſol.* 11. *num.* 9. conſul. D. Don. *in d. l. ita ſtipulatus.* 115. *num.* 13. & *ſeqq.* ubi ſimul docet ſtipulationis & legati non eandem per omnia in propoſito rationem eſſe; quod & verum eſſe vel ex ſola collatione *d. l. 7. de tritic. vin. leg.* & *l. triticum.* 94. *de verb. obl.* apparet. Quinimo, etſi nullum fundum nullaſve ædes teſtator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex veriſimili mente defuncti ſimplex harum rerum legatum ſuſtinendum eſſe, & pro modo facultatum ejus, dignitate ac caritate vel neceſſitudine legatarii ſtatuendum; quales præſtari debeant, poſt

Ar-

Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum cenſet idem Gomezius *d. loc. num.* 10. ac moribus quoque id receptum tradunt Autumn. *confer. du droit add. l.* 71. Grot. 11. *introd.* 22.

4 *Electio legatarii eſt*) Ubi utile eſt legatum generis, placet electionem non hæredi, ſed legatario dari, ut hic ſcriptum eſt & in *l.*2.§.1. *de opt.leg.* Idemque eſt, ſi plures res disjunctim legatæ ſint, veluti Stichus aut pamphilus, *l.plane.* 34.§. *pen.de legat.* 1. *l.ſi is cui.* 19.*l. Lucio.*23.*eod.*2. aut ſi ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit; puta ſi ſic teſtator dixerit, *Ex duobus ſervis meis unum Titio do lego. l. qui duos.*20. *de legat.* 1. Diverſi autem caſus ſunt, qui proponuntur in *l.ſi quis.*32.§.1.*l.cum ſervus.*39.§.*ſcio.6. eod.* Ceterum additur hic exceptio, *niſi aliud teſtator dixerit.* Addamus & alteram, *niſi ſermonem ad hæredem direxerit*; niſi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *niſi aliud dixerit*, ſignificari. Sed etſi teſtator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hic ſimpliciter definit Juſtinianus, in legato generis legatarii electionem eſſe, indiget.

5 Jure veteri etiam, cum genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi, electio permittebatur: cujus differentiæ teſtimonia non obſcura videmus in *l.plane.* 34.§.*pen.l.ſi a ſubſtituto.*45.§.1.*l. ſi hæres.* 110. *de legat.* 1. *d. l. ſi is cui* 19. *d. l.Lucio.*23.*l.ſi ita.*43.§.*ult.eod.*2.*l.qui concubinam.* 29.§.1.*eod.*3. Hoc autem & voluntas teſtatoris exigere viſa eſt, & ratio juris. Voluntas teſtatoris: quippe qui in legato vindicationis ſermonem confert ad legatarium, ei dans, legans, eum ſumere, capere, ſibi habere jubens. In legato autem damnationis hæredem alloquitur damnas, jubenſve eum, dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tantum eam actione in perſonam ex teſtamento petere poterat; ſed etiam jus eam vindicandi habebat, & petendi actione in rem. Par autem eſt, ei electionem tribui, qui rem vindicare poteſt, quod ſignificat African. *l.ſi ſervus.* 108.§. 2. *de legat.* 1. ubi ait, ejus electionem eſſe oportere, cui poteſtas ſit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat; is eam rem vindicare non poterat, ſed tantum in perſonam ex teſtamento agere, hæredemque ut debitorem quaſi ex contractu obligatum convenire, hujuſmodi puta formula, *Ajo, te mihi ſervum dare oportere*; aut hac, *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere.* Itaque juris ratio poſtulabat, ut hic hæredi concederetur electio, exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem eſſe in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promiſſis, conſtant, §.*ſi quis agens.*33.*verſ. huic autem.inſ.de act.l.plerumque.*10. *in fin.de jur. dot. l.*

6 *ubi autem.*75.§.*qui illud.*8.*de verb. obl.* Quæritur vero, an hodie diſtinctionis iſtius ulla porro ratio habenda ſit. Nam poſtquam Juſtinianus differentiam generum legatorum ſuſtulit, legataque omnia ſic exæquavit, ut etiam ejus vindicandi, a quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l.ſi ſervus.* 108.§.2.*de legat.* 1. ex omnibus conceſſerit; *l.*1. *C. comm. de legat.* multis viſum eſt, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æſtimandam. Verum ego eorum ſententiam veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hic agimus, trahi oportere; quippe quæ, ut ſupra quoque monui, ſic ſemper accipienda ſit, ut ne quid admittatur contra voluntatem teſtatoris. Utri autem electionem tributam teſtator velit, legatatione, an hæredi, non poteſt apertius declarare, quam cum jubet aut legatarium vindicare, aut hæredem dare. Illic enim, cum verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertiſſime ſignificat, ſe eligendi quoque poteſtatem ei facere: hic vero cum eadem verba ad hæredem refert, hoc ipſo contra oſtendit, ſe hæredis arbitrio permittere quam rem velit, dare. Et igitur ſi ita teſtator legaverit, *Hæres meus damnas eſto hominem dare* vel ſic alternative, *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo*: in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionem concedendam, non obſtante ſupra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quam ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam teſtator tam manifeſte permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, quam hæres declaraverit, quid ex genere, aut rebus disjunctim hoc modo legatis præſtare velit. Atque hanc ſententiam poſt Gloſſ. Bart. & comm. DD.*in l. Lucio.*23.*de legat.*2.*& in l.legato.*27.*eod.*1.probat Gomez.11.*var. reſol.* 11. *num.* 43. nec non ſummi viri Covar.*in c. indicante, numer.* 3.*x. de teſtam.* Ant. Fab. vt. *conj.* 1. Weſembec. & Bachov, *hic.*

Niſi aliud teſtator dixerit) Aliud dixiſſe teſtator intelligi debet, non tantum ſi expreſſis verbis hæredi electionem permiſerit, *l.ſervo.* 12. *de opt. leg. l. hujuſmodi.* 84.§.*Stichum.*9.*de legat.*1.*l.*11. *in fin. eod.*2. verum etiam ſi verba legati executiva ad hæredem direxerit, ut fit, cum quid per damnationem ab hærede legatur, ut jam dictum & demonſtratum eſt. Plane enim, cum ex voluntate teſtatoris tota hæc res æſtimanda ſit, parum intereſt, verbis, an per modum legandi voluntatem ſuam declaraverit. Sed etſi teſtator aliud 7

non dixerit, opus tamen hic eſt non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Juſtiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non eſt infinita. Sciamus igitur primum, definitionem tantum pertinere ad eas res, quas ex eo genere teſtator habuit: ſi nullas habuit, placere, hæredis arbitrio potius rem permitti, quam legatario infinitam electionem dari, de qua veriſimile non eſt teſtatorem ſenſiſſe cum tam inſigni onere hæredis, *arg. l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8.*de legat.*2. & quod de vino certæ quantitatis expreſſe traditum eſt *l.* 3. *de tritic. vin. leg.* non eſt dubium, quin ad ceteras quoque res pertineat; idemque dicendum ſit, non ſolum ſi certa quantitas, verum etiam ſi corpus in genere legatum fuerit, puta ſervus, nec ullum ſervum teſtator reliquerit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ teſtatoris non fuit, vindicatio legatario competere non poteſt: ita illa ceſſante nulla electio. *d. l. ſi ſervus.* 108. §. 2. *de legat.* 1. Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes, quas teſtator ejus generis habuit, ſed ad corpora tantum, aut ſpecies, non ad quantitatem: quippe quæ undecunque ſumi & ſolvi poteſt: *l.* 4. *de tritic. leg. l. Titia.*

tia. 35. §. 1. *de aur. arg. leg.* & qua legata, ut quantitate, nec actionis electio nec vindicatio eſt. Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus natura circumſcripta non ſunt, qualia ſunt, domus, navis, fundus, non legatarii, ſed hæredis electio eſt, qui rem unam, quam volet, ex his, quas teſtator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc aperte ſcriptum eſt in *l. ſi domus.* 71. *in pr. de legat.* 1. quapropter dubitandum non eſt, quin idem obtineat, ſi navis ſimpliciter legata ſit, aut fundus, poſito, quod nos putamus, fundi legatum valere, ſi teſtator fundos habuit. Ratio eſt non ea, quam vulgo afferunt, quod hæres præſumatur melius ſcire, de qua re teſtator ſenſerit, nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furioſis, &c. locum non habet; & ſi vera eſſet, hæredi indiſtincte tribui deberet electio; ſed ne, ſi legatario hic electionem concedimus, hæredem; ſupra quam credibile eſt teſtatorem voluiſſe, oneremus, quæ conjectura legis eſt. *d. l. unum.* 67. § *ſi rem.* 8. *de legat.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 111. *tit.* 1. *n.* 26. Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri poteſt ut nulla ſit proportio, & major diſtantia, quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupreſſos: quam ob cauſam etiam his rebus generaliter legatis, ſi teſtator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur, Eſtque hæc etiam interpp. noſtrorum communis opinio, teſte Gomez. quam & ipſe probat 11. *var. reſ.* 11. *n.* 9. Auctoritas Pandectarum Florentinarum (in quibus hæc ſcriptura eſt *in pr. d. l. ſi domus.* 71. *Si domus alicui ſimpliciter legata ſit, cogentur hæredes, quam vellet, domum ex his, quas teſtator habuit, legatario dare.*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejuſdem conditionis indiſtincte legata, putarem legatario electionem competere: ſed plus apud me nunc valet conſenſus reliquorum omnium exemplarium, in quibus conſtanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam: & ſcriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volent, &c.* quæ ſcriptura etiam certius, quam vulgata, hæredi electionem tribuit. Vinn. Sed magis eſt, ut ſervetur lectio Florentina. Haloander enim ex ingenio ſcripſit *volent*, nec conſenſus reliquorum exemplarium opponi poteſt Florentinæ, reliquorum fonti. Vid. Cl. Henr. Brenkmanni *Hiſt. Pandect. lib.* 111. *cap.* 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit teſtator, omnino electio erit legatarii. Nec obſtat *l.* 37. §. 1. *ff. de legat.* 1. quippe ubi magis ſpecies certa legata, quam genus. Denique præſumtio quidem eſt, teſtatorem voluiſſe, quam minimum onerare hæredem ſuum, *l.* 67. §. 8. *ff. de leg.* 2. ſed & fortior militat præſumtio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit teſtator, dum ſpeciem certam non expreſſit. Hein. Poſtremo ſciendum eſt, etiam tunc eum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut poſſit ex genere legato quodcumque velit, etiam optimum eligere; puta verbi cauſa, homine generaliter legato, actorem: ſed concluſam intra modum, ut ne optimum accipiatur, *l. legato.* 37. *de legat.* 1. Unde apparet, veteres in tota hac electione id ſemper egiſſe, ne immenſum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum eſt, ſi de certo ſervo, aut re alia teſtator ſenſerit, nec appareat de qua, hæredis electionem eſſe, *d. l. legato.* 37. §. 1. *fac. l. ſi quis.* 32. §. 1. *l. cum ſervus.* 39. §. *ſcio.* 6. *eod.* Secundum jus harum regionum ſic in dubio, genere legato, circa electionem definiendum cenſet Grotius *lib.* 11. *manuduct. cap.* 22. Si ejus generis, quod legatum eſt, res ſint in bonis defuncti, legatario electionem permittendam, ſive res iſtæ naturalem determinationem habeant, ut equus, ſive arbitrariam, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut ſi res pondere menſurave conſtans ſimpliciter legata ſit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem ſumere & præſtare; id enim voluntati defuncti, cujus ſolius apud nos ratio habetur, maxime videri conſentaneum. Ceterum neque poſteriore hoc caſu hæredem defungi peſſimum dando; neque priore illo legatarium poſſe optimum vindicare, extra quam ſi duæ tantum ſpecies iſtius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

Textus.

De optione legata.

23. *Optionis legatum, id eſt, ubi teſtator ex ſervis ſuis vel aliis rebus optare legatarium juſſerat, habebat olim in ſe conditionem: & ideo niſi ipſe legatarius vivus optaſſet, ad hæredem legatum non tranſmittebat. Sed ex conſtitutione noſtra & hoc in meliorem ſtatum reformatum eſt, & data eſt licentia hæredi legatarii, optare ſervum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in noſtra conſtitutione additum eſt, ſive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta eſt, & diſſentiant in corpore eligendo: ſive unius legatarii plures hæredes ſint, & inter ſe circa optandum diſſentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant,) fortunam eſſe hujus optionis judicem, & ſorte hoc eſſe dirimendum, ut, ad quem ſors pervenerit, illius ſententia in optione præcellat.*

Notæ.

23. *Habebat in ſe conditionem*) Σιωπηρῶς: quod tamen a Theophilo additum non eſt, ut quidam falſo tradunt.

Conſtitutione noſtra) Extat in *l. ult. C. comm. de legat.*

Sorte eſſe dirimendum) Frequens admodum etiam apud veteres ſortis judicium, *l.* 14. *de judic. l.* 5. *fam. erc. l.* 24. §. 14. *de fideic. lib.* ubi ſc. animi judicio negotium explicari non poteſt: alias ſorti res non committitur. *l.* 8. *de pact.* §. 1. *ſup. de ſatiſd. tut. l.* 47. *in fin. pr. C. de Epiſc. & Cler.*

Com-

COMMENTARIUS.

1. *Legatum electionis idem eſſe, quod optionis: diverſum autem a ſimplici legato generis & alternativo.*
2. *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non eſſe idem cum eo, quod optionis dicitur.*
3. *Optionis legatum habuiſſe olim in ſe conditionem, eamque cohærentem perſonæ legatarii, ita ut ad hæredes non tranſmitteretur.*
4. *Explicatur* l. ſi ſic legatum. 75. §. pen. de legat. 1. *rejecta interpretatione Donelli.*
5. *Notatur inconſiderantia Bachovii.*
6. *In* l.ult.C.comm.de legat. *nihil cautum de jure optandi tranſmittendo: ſed temere diverſos caſus miſceri.*
7. *Frequens fuiſſe apud veteres judicium ſortis: qui & micatione digitorum uſi.*

1 QUidam putaverunt, aliud eſſe legatum optionis, aliud electionis; quod falſum eſſe, atque utroque vocabulo ſignificari ſpecialem ac ſolemnem electionem, manifeſte apparet ex *l.5.de legat.*1.*l.*1.*l.*2.*in pr.& §.ult.l.4.l.ſi tibi.8.in pr.& paſſ. tit. de opt. vel elect. leg.* Ceterum legatum optionis ſeu electionis diverſum eſſe a ſimplici legato generis aut alternativo, certum eſt. *d.l.2.in pr. & §.1.l.cum ita.9.§.1. d. tit.* Nec una inter hæc differentia eſt. Nam primum in legato optionis ſolemnis eſt & expreſſa electio; in legato autem generis & alternativo ineſt quidem etiam electio, ſed tacita & ſimplex, non ſolemnis. Deinde optionis legatum ſemper relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum ſæpe per damnatio-
2 nem. Hinc eſt quod in legato optionis electio ſit eſſentialis, atque ea, legata optione, non poſſit non eſſe legatarii: in legato autem generali & alternativo nonnunquam hæredi electio competit; vel quia expreſſe ei data eſt, vel quia formula legandi tacite in eum collata. Præterea generis legatum purum eſt, ac proinde, ſi antequam vindicet, legatarius deceſſerit, ad hæredem tranſmittitur, *l. nec ſemel.12.§.pen. quand. dies leg.ced.* at optionis legatum habebat olim in ſe conditionem, ſcilicet ſi ipſe legatarius optaſſet, ut hic ait Juſtinianus: eratque adeo jus hoc optandi mere perſonale, ut in hæredem transferri non potuit. Ad hæc cui genus legatum eſt, ei optimum ex eo genere eligere non licet, *l. legato.37.de legat.*1. ei autem licet, cui legata eſt optio, *l. ſi quis.9. §. 1.de dol.mal.* Grot.11. *manuduct.cap.*22. excepto caſu ſpeciali *l. ult. §. 1. C. comm. de leg.* Denique optio ſolemnis numeratur inter actus legitimos, *l. actus.77. de reg. jur.* quo ſane referri non poteſt ſimplex, quæ legato generis ineſt, electio. Plane in *d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidem etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum ſit; ut in *l. 2. §.1. l. ſervo.12. l. ſi Pamphil.*10. ſed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Eſt enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod ſemel duntaxat optare aut eligere licet, *l.5. de legat.*1.*l.apud Aufidium.*20.*de opt. leg fac.l hujuſmodi.*84.§.*Stichum.*9. *de legat.* 1. *l. ſtatuliberum.*11. *in fin. ead.*2. Item in his, quod in utroque legato ſingulæ res quodammodo ſub conditione legatæ intelligantur, *l. 3. qui & a quib. man.* quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l.4.de opt.leg.l.3.§.item ſi.6. ad exhib.* Quin amplius, etiamſi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data ſit, veluti ſi ita teſtator dixerit: *Titio ſervum, quem voluerit, do lego*, vel, *illud aut illud, utrum elegerit*, puto tamen, nihilo magis optionem legatam; ſed pro ſimplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum. *arg.l. illud aut illud 19.de opt.leg.* Proprie enim optio legata dicitur, cum ipſa electio, τὸ προαιρεῖσθαι legatur: veluti ſi dicat teſtator: *Titio optionem ſervorum meorum do lego*; quo caſu tres ſervos eligi poſſe reſcriptum eſt, *l. 1. eod.* vel ſic. *Titius ex ſervis meis, quem volet, optato*; vel *Ex ſcyphis meis, quem velit, eligito, ſibique habeto*. Julianus in *l.ſi Pamphilo.*10. *eod.* verbum optionis in generaliore ſignificatione accepit pro quavis electione,

Habebat in ſe conditionem) Σιωπηρῶς Veteres, ut hic 3
commemorat Juſtinianus, credebant, legatum optionis in ſe habere hanc conditionem, *ſi ipſe legatarius optaſſet*. Quæ quidem conditio etſi tacite ineſſet, cujus generis conditiones non ſolent facere legata conditionalia; *l. conditiones.99. de cond.& dem.* tamen quia ex voluntate teſtatoris videbatur proficiſci, eandem vim atque effectum habebat, quam habent conditiones ceteræ, quæ ex teſtamento veniunt, ſcilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipſa conditio legati quaſi perſonæ injuncta, ab alio, quam a legatario ipſo impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato perſonale eſſet, & vel ideo ad hæredem mortui ante electionem legatarii transferri non
potuerit. Non obſtat *l. ſi ſic legatum.75.§.pen. de legat.* 4
1. ubi ſic ſcribit Ulpian. *Si quis ita ſtipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur hæres ejus, ut præſtet legatario actionem, electionem habituro, utrum decem an Stichum perſequi malit.* Nam, ut ſuperius diximus, legatum generale aut alternativum, licet cum jure eligendi, non eſt idem aut ejuſdem prorſus naturæ cum legato, quod in ſpecie dicitur optionis. In legato hujuſmodi, *illud aut illud*, utrum elegerit legatarius, eſt quidem etiam electio perſonalis, ſed hactenus, ut ſervo aut filio cohæreat, *l. ſi ſtipulatus.76.de verb.obl.* non ut nullo electo, decedente legatario, poſt diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non tranſmittatur: tranſmitti enim, expreſſe ſcriptum eſt a Paulo in *l. illud. 19. de opt. leg.* nec ulla eſt inter tale legatum & ejuſdem generis ſtipulationem differentia. Jam vero, ſi ſtipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero mortuo me ante electionem in hæredes obligatio tranſit, ut idem Paulus reſpondet in *d. l.ſi ſtipulatus.76.de verb obl.* Nec eſt admittendum, quod Donellus in *d. l.* exiſtimat, obligationem tranſire, electionem non tranſire; quo nomine etiam reprehenditur a Bachovio *hic*: nam Donelli illam opinionem cum ipſe locus ſatis refellit, tum perſpicue ſpecies paulo ante propoſita ex *d.l.ſi ſic legatum.75.§. pen. de legat.* 1. Niſi enim una cum obligatione ipſum etiam jus eligendi, quod ex ſtipulatione teſtatori quæſitum erat, in hæredem ejus translatum fuiſſe ponamus, hæres cedendo actionem id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipſe habuit. Inconſiderate autem Bachovius jus

jus electionis ex contractu quæſitum in quæſtione propoſita diſtinguit ab eodem jure delato ex teſtamento, quaſi illud non impediatur conditione quominus ad hæredem tranſeat, hoc contra. Nam etſi verum & notiſſimum eſt, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere: ſtipulationem autem ſub conditione contractam mortuo ante conditionem ſtipulatore non extingui, ſed ſpem obligationis tranſmitti in hæredem; *§. ſub conditione. 2. inſt. de verb. obl. l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. is cui. 42. de obl. & act.* hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones, quæ perſonis injunguntur: qualis ſit omnino neceſſe eſt in memorata ſtipulatione, ſi eam conditionalem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, ſi ipſe ſtipulator elegerit. Conditio omnis in perſonam certam collata perſonam non egreditur, deficitque, niſi in perſona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi. 44. l. ſi ita. 69. de cond. & dem.* Hinc jam opinor intelligimus, non temere credendum iis eſſe, qui pro certo tradunt, apud Paulum in *d. l. illud. 19. de opt. leg.* ſcriptum fuiſſe, *tranſmitti non placuit*; Tribonianum autem reſponſum Pauli ad jus novum & conſtitutionem Juſtiniani in *l. ult. C. comm. de leg.* accommodaſſe ſublata negatione.

Ex conſtitutione noſtra data eſt licentia hæredi legatarii, optare) Ubi Juſtinianus caverit, quod hic ſe caviſſe dicit, ut legatum optionis ad legatarii, qui non 6 optavit, hæredem tranſmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ultim. C. comm. de leg.* & ſane ea, quæ mox ſequuntur de diſſenſione plurium hæredum circa electionem ſorte dirimenda, arguunt, eam conſtitutionem hic ſignificari. Etenim, quod interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea conſtitutione ſancitur, quam ut ſi hæredes legatarii inter ſe de electione non conveniant, controverſia forte dirimatur: de jure vero optandi ad hæredes legatarii, ante electionem mortui, contra rationem juris veteris tranſmittendo plane nihil ibi cavetur. Imo vero conſtitutio ſic ſcripta eſt, ut ex eo, nihil aliud colligi poſſe videtur, quam quod etiam apud veteres jam olim ſic obtinuerit, ut legata optione, ſi legatarius ipſe non optaſſet, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuiſſe, quid ſtatuendum foret, ſi plures legatarii, quibus optio legata eſſet, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis diſſentirent. Inepta profecto dubitatio, ſi electio in legato optionis mere perſonalis fuit, hoc eſt, ita perſonæ legatarii cohæſit, ut nec ad hæredes ejus tranſierit. Quid dicam, non habeo, niſi quod Tribonianus diverſos caſus temere videtur miſcuiſſe, & caſum plurium legatariorum de electione diſputantium inconſiderate confudiſſe cum caſu plurium hæredum unius legatarii; quod & Bachovius exiſtimat. VINN. Aſt tanta oſcitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex noſtro §. patet, primo conditam conſtitutionem, eaque cautum, ut & hæredes legatarii optare poſſent: deinde diligentiore habito tractatu, ei conſtitutioni aliquid additum eſſe. Prior conſtitutio priori inſerta Codici periit, additamentum migravit in codicem repetitæ prælectionis, habeturque *l. ult. C. comm. de legat. & fideic.* Nec eſt, quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi ſpeciem proponat, ubi legatarii hæredes diſſenſerint circa electionem. Nam hujuſmodi ſpeciei & jure veteri locus eſſe potuit, ſi teſtator ita legaverit; *Titio, aut eo mortuo, ejus hæredibus ſervum, quem optaverint, do lego*. Itaque ex *d. l. ult.* non ſequitur, ut jam ante Juſtinianum legatarii hæredibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare ſervum) Quod de ſervo hic dicitur, exempli id cauſa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata ſit, pertinere. *d. l. ult. C. comm. de legat.* Sic paſſim videmus, in optionis legato tantum ſervorum mentionem fieri; & Papinianus in *l. actus. 77. de reg. jur.* ſervi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata: ſed quia plerumque ſervorum potius, quam aliarum rerum optio legari ſolita erat: unde & de eo ſæpius Juriſconſulti & conſulebantur & ſcribebant, id quod manifeſte apparet ex lectione totius *tit. de opt. legat.*

Sorte hoc eſſe dirimendum) Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando diſſentiant, unus forte qui optet, conſtitui, cujus optionem ceteri ratam habeant, expreſſe cautum eſt *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuiſſe ſortis & fortunæ judicium, ex variis Juriſconſultorum reſponſis elucet: *l. ſed cum. 14. de judic. generaliter. 24. §. quid ergo. 17. de fideic. lib.* quanquam vix, ubi negotium animi judicio explicari poteſt: de quo nos *lib. 1. ſelect. quæſt. c. 35.* Utebantur antiqui & micatione digitorum. Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum, an ille meum ſequatur*. Cicero 1. *de offic. Sed quaſi aut ſorte aut micando victus, alteri cedat alter*. Suetonius *in Auguſt. cap. 13. Patrem & filium pro vita rogantes ſortiri aut micare juſſit*. Quando autem & quibus caſibus res dubia ſorti permittenda ſit, ab hoc loco alienum eſt quærere. VINN. In loco Suetonii alii legunt *ſortiri aut dimicare*: Sed *micare* habuit Codex MSC. Salmaſianus. Sic res olim in foro, ſic carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum, V. C. Præfectum urbi, utilitate ſuadente ſuſtuliſſe, ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Caſaub. in not. ad Sueton. *l. c.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus legari poteſt.

24. *Legari autem illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt*

COMMENTARIUS.

TRanſit hic Imperator ad partem principalem hujus tituli ſecundam, in qua agitur de perſonis, quibus legari poteſt. Sic autem initio definit, legari illis ſolum poſſe, cum quibus teſtamenti factio eſt. Non ait, qui teſtamenti factionem habent; quo ſoli proprie ſignificantur, qui teſtamenti faciendi jus habent: ut oſtendimus ſupra in *§. teſtes autem. 6. de teſt. ord.* ſed cum quibus teſtamenti factio eſt: quo continentur etiam, qui ipſi teſtamentum facere non poſſunt, modo jus capiendi ex alieno teſtamento ha-

beant. Quinam autem iſti ſint, docetur §. *extraneis* 4. *præc. tit.* De iis, qui capere non poſſunt, dictum eſt in hæredum inſtitutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommiſſa differentia fuit, poteratque quibuſdam incapacibus fideicommiſſum relinqui, quibus legari non poterat, vel propter conditionem libertinitatis, vel propter leges Voconiam, Juliam, Papiam, aut ſimiles, quibus capere, aut totum capere vetabantur: qua de re forte uberius infra *ſub tit. de fideic. hær.* Illud nunc ſciamus, legibus iſtis & differentiis incapacitum ſublatis, nullum amplius hac in re diſcrimen inter legata & fideicommiſſa ſupereſſe.

TEXTUS.

Jus antiquum, de incertis perſonis.

25. *Incertis vero perſonis neque legata neque fideicommiſſa olim relinqui conceſſum erat. Nam nec miles quidem incertæ perſonæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus reſcripſit. Incerta autem perſona videbatur, quam incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, veluti, ſi quis ita dicat,* Quicumque filio meo filiam ſuam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui poſt teſtamentum ſcriptum primi conſules deſignati eſſent, æque incertæ perſonæ legari videbatur: & denique multa alia hujuſmodi ſpecies ſunt. Libertas quoque incertæ perſonæ non videbatur poſſe dari; quia placebat nominatim, ſervos liberari. Sub certa vero demonſtratione, id eſt, ex certis perſonis incertæ perſonæ recte legabatur: veluti,* Ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem perſonis legata, vel fideicommiſſa relicta, & per errorem ſoluta, repeti non poſſe, ſacris conſtitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. *Incertis perſonis*) Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l.* 24. *C. de epiſc. & cler.* civitatibus, *l.* 26. *ad SC. Treb. l.* 22. *de leg.* 1. corporibus & collegiis licitis, *l.* 12. *C. de hær. inſt. l.* 1. §. 15. *ad Treb.* relicta, rata eſſent.

COMMENTARIUS.

1. *Exponuntur aliquot loci, ex quibus falſo quidam colligunt, etiam jam olim hæreditatem legatumve incertis perſonis relinqui potuiſſe.*
2. *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*
3. *Cur ejus, quod incertæ perſonæ relictum erat, per errorem ſoluti non eſſet repetitio.*

INcertæ perſonæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommiſſum relinqui poterat. Ulpian. *tit.* 21. §. 3. & *tit.* 24. §. *incerta.* 18. Paul. 3. *ſent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit.* 22. §. 3. quoniam certum eſſe debet teſtantis conſilium. Sic enim verba legis duodecim, *Uti quiſque legaſſit*, veteres interpretati ſunt, uti quiſque certo conſilio ac ſolido judicio ſtatuerit, &c. At hæreditatem bonave ſua, ma- 1
gno ſæpe labore quæſita, relinquere incertæ perſonæ, tam certi conſilii non eſt, ut potius ſpecies quædam dementiæ eſſe videatur. Non eſt contrarium, quod Marcianus ſcribit, tale legatum utile eſſe, *illis, qui teſtamentum meum obſignaverint, hæres meus decem dato. l. ſi quis.* 64. *de reb. dub.* nam quod futuris ſignatoribus ſeu teſtibus legatur, id non incertis, ſed certis perſonis relinqui intelligitur. Etſi enim tunc incerti & teſtatori ignoti ſunt, cum is privatim voluntatem ſuam ſcribit; tamen non poſſunt non eſſe certi eo tempore, quo proprie teſtamentum fieri dicitur, hoc eſt, cum ſolemnia peraguntur, quibus adhiberi teſtes niſi ſciente teſtatore & rogante non poſſunt. Non obſtat quoque *l. in tempus.* 62. §. 1. *de hær. inſt.* agitur enim ibi expreſſe de inſtitutione certæ perſonæ, quam & teſtator proprio nomine deſignavit, ſed quia plures erant teſtatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo ſenſiſſet: cujuſmodi in caſu audienda eſt probatio voluntatis: & qui probare poterit, de ſe ſenſiſſe defunctum, admittendus, *arg. l. falſa.* 33. §. 1. *de cond. & dem.* quamvis totam exceptionem illam, *niſi ex aliis apertiſſimis probationibus fuerit revelatum pro qua perſona teſtator ſenſerit*, reſponſo Juriſconſulti adjectam a Triboniano nullus dubitem, add. Ant. Fab. v. *conj.* 19. Magis videtur obſtare *l.* 5. *de reb. dub.* Reſpondet Donellus; proponi illic legatum aut fideicommiſſum relictum incertæ quidem perſonæ, ſed ex certis tamen: quod etiam olim licuit, ut ſtatim audiemus: quippe verba illa fideicommiſſi, *Sive quis alius reſtitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Cajo ſic interpretanda, ſi quis alius ex amicis, quorum teſtator mentionem non fecit. Alii putant, etiamſi quis alius curaverit teſtatorem reſtitui, non minus fideicommiſſum deberi, quaſi pro beneficio, quod ſperatur, da-
tum. Porro ex hoc jure manavit, quod nec civita- 2
tes: nec municipia aut collegia hæredes inſtitui aut legatum capere potuerunt, Ulpian. *d. tit.* 22. §. 4. Plinius *lib.* v. *epiſt.* 7. *ad Calviſium*; *Nec heredem*, inquit, *inſtitui, nec percipere poſſe rempubl. conſtat.* Ceterum poſtea ut hæc corpora legatum capere poſſent, permiſſum fuit, etiam tempore mediæ juriſprudentiæ, *l. ſi quis.* 37. *in fin. l. ſi hæres.* 73. §. 1. *l. ſi quid.* 117. *l. civitatibus.* 122. *de legat.* 1. *l. cum ſenatus* 20. *de reb. dub. l. omnibus.* 26. *ad Trebell.* A Nerva hoc primum introductum; poſt deinde a ſenatu, auctore Hadriano, diligentius conſtitutum fuit, Ulpian. *tit.* 24. §. *civitatibus.* 28. Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum ſenatus.* 20. In propriis nominibus facilis eſt auctorum lapſus. Tandem etiam conceſſum, ut civitates & municipes hæredes inſtitui poſſent, *l. hæreditatis* 12. *C. de hær. inſt.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejuſdem Ulpian. *tit.* 22. §. 4. & *d. l. omnibus.* 26. *ad Treb.* quibus locis hoc tantum traditur, fideicommiſſam hæreditatem municipibus reſtitui ex Senatus-

Jureconſulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur: daturque jus & nomen hæredis epiſcopis œconomis, xenoni: nomen, ut ſint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis reſpondeant, pauperibus relicta dividant. *l. id quod. 24. l. ſi quis. 49. §. 1. & ſeqq. C. de Epiſc. & Cler.* Cyn. Bal. Salic. *in d. l. id quod. 24.* Bart. *in l. 5. de reb. dub.* Tulden. *ad tit. C. de incert.* Vinn. Hujus juris hiſtoria non ſatis accurate exponi videtur a Vinnio. Quamvis enim Ulpianum ſequutus, a Nerva antiquum jus primum mutatum eſſe exiſtimet: id tamen non ſatis conciliari poſſe videtur loco Plinii, qui ſua ætate nondum capere potuiſſe reſpublicas tradit, idque ſub Trajano, ut videtur. Nam in eadem *epiſtola 7. libri* v. liberalitatis ac munificentiæ erga Novocomenſes mentionem facit, quam jam poſt conſultatum oſtendiſſe videtur, uti ex marmore apud Gruter. P. CCCCLIV. & MXXVIII. adparet. Primum ergo SC. permiſſum videtur ut caperet civitates fideicommiſſa, idque ſub Hadriano conſule Apronio anno Chriſti 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta SCto. firmata. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 28. Unde legati hujuſmodi exemplum exſtat in *l. 101. ff. de leg. 3.* Poſtea D. Marcus id jus etiam ad collegia, *l. 20. ff. de reb. dub.* immo etiam ad vicos protulit. *l. 73. §. 1. ff. de legat. 1.* Denique & hæredes inſtitui potuere civitates, non demum per Conſtitutionem Leonis Thracis *l. 12. C. de hær. inſt.* ſed jam temporibus Paulli, id eſt Severi & Caracallæ, ceu ex *l. 121. ff. de legat. 1.* colligimus. Hein.

Quam incerta opinione) Incerta perſona hic dicitur, quam teſtator animo ſuo incerta & cæca opinione ſubjicit, id eſt, cum mens & cogitatio teſtatoris nullis certis finibus circumſcripta tanquam in immenſo atque infinito vagatur: nam ſi mens ejus certo numero perſonarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo perſonæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla ſubjecta demonſtrant.

Qui primi conſules deſignati) Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel ante candidatorum numerum conſtitutum, vel cum eos non noſſet, incertiſſima opinione dixit, *Qui primi conſules deſignabantur*. Quod ſi e conſtituto jam candidatorum numero, quos teſtator novit, ei qui primus conſul deſignatus fuerit, centum legaverit, magis eſt ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo perſonarum numero cum certa demonſtratione.

Libertas quoque incerta perſona) Antea dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommiſſum incertæ perſonæ relinquere potuiſſe, etſi militum teſtamenta nullis adſtringebantur juris civilis ſubtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ perſonæ legari non potuit. Aliam nunc ſubjicit ejuſdem juris ampliationem, quod nec libertas, cujus ſummus alioqui favor ſemper fuit, incertæ perſonæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat, nominatim ſervos liberari*, quod videtur cautum fuiſſe lege Fuſia Caninia. Ulp. *tit. 1. §. ult.*

Sub certa vero demonſtratione) Ex certo perſonarum ordine aut numero cum certa demonſtratione legari incertæ perſonæ etiam olim jus fuit, veluti: *Ex collegis meis, qui nunc ſunt*, aut, *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut, *Qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato.* Ulp. *tit. 24. §. incerta. 18.* & notandum, in exemplo propoſito demonſtrationi expreſſe addi hæc verba, *qui nunc ſunt*; alioqui incerta adhuc foret demonſtratio.

Per errorem ſoluta repeti non poſſe) Hic locus confirmat id, quod ante diximus, ex ſubtilitate quadam juris civilis hoc eſſe, quod incertæ perſonæ legari non poteſt: neque enim ratio naturalis impedit, quominus, verbi cauſa, ei, qui filiam meam aliquando uxorem ducturus eſt, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujuſmodi relicto etiam olim naſcebatur debitum naturale, id eſt, hæres ex tali voluntate naturaliter obſtringebatur, quæ cauſa eſt, quod Imperatorum conſtitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ perſonæ legatum erat, ſoluti per errorem repetitio eſſet: quippe naturalis obligationis hic certiſſimus jure quoque civili effectus eſt, ut impediat ejus, quod ex cauſa ſolutum eſt, repetitionem, *l. 13. l. ſi pœna. 19. de cond. ind. l. 10. de obl. & act.* Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 50. n. 4.* erratque adeo manifeſte Pacius, hunc locum reſtringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynſing. non fuit, ut falſo exiſtimat Bachovius.

Textus.

Jus antiquum, de poſtumo alieno.

26. Poſtumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Eſt autem alienus poſtumus, qui natus inter ſuos hæredes teſtatori futurus non eſt: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat poſtumus avo.

Notæ.

26. *Ex emancipato filio conceptus*) Alienorum poſtumorum diverſa ſunt genera, & varii gradus, v. Cujac.

Commentarius.

1. *Poſtumos eſſe ſimiles incertis perſonis; ceterum non per omnia eodem jure cum his cenſeri.*
2. *Poſtumi alieni qui? & eorum diverſa genera.*

Qui in utero ſunt, ſive poſtumi, & tam alieni quam ſui, in hæreditate legitima ſemper pro jam natis habiti ſunt, & capaces hæreditatis ſibi ab inteſtato delatæ. *l. pen. de ſtat. hom. l. pen. de legat. 1.* Verum in hæreditatibus teſtamentariis & legatis nemo poſtumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quiſque legaſſit, &c.* quæ ſic a prudentibus, ut etiam antea diximus, accepta ſunt, uti quiſque certo conſilio ac judicio decreverit, &c. Cum enim poſtumi omnes 1
incertæ ſint perſonæ, aut incertis perſonis ſimiles, contra legem fieri viſum eſt, ſi aut hæredes inſtituerentur, aut legatum iis daretur, quaſi non ſolido conſilio id a teſtatore factum eſſet, ignorante, & an naſci-

ſcituri ſint, & quales naſcituri, & quot naſcituri. Paulatim tamen diſputatione fori propter utilitatem & non ſine magna ratione receptum, ut poſtumi ſui recte hæredes inſtituerentur, & legatum ex teſtamento caperent. In poſtumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum: qua de re fuſius diſputavimus ſub *§. 2. ſupra de exher. lib.* Non in omnibus tamen, eandem rationem poſtumi alieni & cujusvis alius incertæ perſonæ fuiſſe, ex eo apparet, quod fideicommiſſum poſtumo alieno utiliter relinquebatur; *l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de jur. codic.* ceteris incertis perſonis inutiliter. Et vero non eſt poſtumus plane ſimilis tali perſonæ, quam teſtator omnino incerta & cæca cogitatione animo ſuo ſubjicit: ſed magis & quodammodo ſimilis iis, quos nunquam vidimus, qui etiam hæredes inſtitui poſſunt. *§. ult. ſup. de hær. inſt.* Ceterum, quod hic Juſtinianus ait, poſtumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obſtat *l. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *l. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatem reſtituere poſtumo ſuo vel alieno; & mox continenter in *l. 6. ſeq.* poſtumus hæres inſtitutus, vel cui legatum relictum eſt. Reſpondeo, ſunt loci iſti diverſorum auctorum; ac proinde neceſſe non eſt, ut quod in uno dicitur de poſtumo vel ſuo vel alieno, cui hæreditas reſtitui juſſa eſt, repetatur in altero, in quo ſimpliciter proponitur poſtumus hæres inſtitutus aut legatum poſtumo datum; nec illud etiam eo loco quæritur, an cum poſtumo, & cum quo teſtamenti factio ſit, ſed an & quando poſtumus partem faciat?

Inter ſuos hæredes teſtatori futurus non eſt) Poſtumus ſuus & alienus ſic inter ſe opponuntur, ut ſuus poſtumus dicatur, qui ſi vivo teſtatore naſceretur, in poteſtate ejus eſſet, primumque ab eo gradum in familia obtineret; uno verbo, qui naſceretur teſtatori ſuus hæres: qualis eſt is, qui in utero uxoris teſtatoris eſt, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati, poſtquam uxor jam conceperat. *§. pen. ſup. de tutel. §. 2. tit. præc.* Poſtumi alieni omnes, qui, ſi vivo teſtatori naſcantur, aut in ejus poteſtate familiave non naſcuntur, aut non naſcuntur proximo ab eo gradu; uno verbo, qui ſui aut inter ſuos non naſcuntur. Horum autem diverſa ſunt genera & varii gradus. Primum poſtumus alienus ago eſt nepos natus ex filio, etiam quem ſuperſtitem in poteſtate habebat: quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo ſuus hæres avo non agnaſcitur. *§. 2. ſup. de exh. lib. d. §. 2. præc. tit. §. 2. inf. de hær. ab inteſt.* At enim quia aliquando fieri poteſt, ut hic nepos poſtumus ſuus hæres teſtatori agnaſcatur, puta ſi filius vivo teſtatore deceſſerit, pro ſuo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres inſtitui potuit. *l. Gallus. 29. de lib. & poſt.* Magis alienus poſtumus eſt nepos, conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob cauſam jam dictam hujus tamen nepotis poſtumi fit mentio: item qui in utero eſt uxoris filii, qui in adoptiva familia eſt, *l. 1. §. ſi filius. 8. de vent. in poſſ. mitt.* & qui naſci ſperatur ex teſtatoris filia. *§. ult. ſup de pat. pot.* Eadem porro ratione poſtumus matri alienus eſt poſtumus, puta ſi cæſo utero extractus fuerit. *l. 6. fin. pr. de inoff. teſt.* & aviæ, qui in ventre eſt filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui naſcituri ſunt ex agnatis aut cognatis. *l. pen. de leg. 1. d. l. 6. de inoff.* Poſtremo alieniſſimi & maxime extranei, qui neque legitimi futuri ſunt, neque cognati. *l. 9. de vent. in poſſ. mitt.* Hos autem omnes Juſtiniani definitio complexa eſt.

TEXTUS.

Jus novum de perſonis incertis & poſtumo alieno.

27. *Sed nec hujuſmodi ſpecies penitus eſt ſine juſta emendatione relicta, quum in noſtro Codice conſtitutio poſita ſit, per quam & huic parti medemur, non ſolum in hæreditatibus, ſed etiam in legatis & fideicommiſſis: quod evidenter ex ipſius conſtitutionis lectione clareſcit. Tutor autem nec per noſtram conſtitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela ſua poſteritati cavere.*

NOTÆ.

27. *In noſtro Codice conſtitutio*) Deſideratur hæc Juſtiniani conſtitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc conſtat Juſtinianum caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui aliquid legatum eſt, non vitiet legatum, ſi vel in præſens, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere poſſit.

COMMENTARIUS.

Hujuſmodi ſpecies ſine juſta emendatione) Dubium eſt, utrum indiſtincte hoc referendum ſit ad ſpeciem de incertis perſonis, de quibus ſuperius egit, an vero tantum ad ſpeciem de alieno poſtumo, cujus proxime meminit in *§. præc.* Sed recte plerique interpp. ſentiunt, Juſtinianum loqui in univerſum de ſpecie incertarum perſonarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere, conſtituiſſe ſe ut & poſtumo alieno & ceteris perſonis incertis, quas modo eventus poſtea demonſtrarit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo ſatis intelligitur, quod ſcriptum eſt in *§. incertis. 25.* incertis perſonis legari olim conceſſum non fuiſſe: quod ſtulte diceretur, ſi ne nunc quidem id conceſſum eſſet conſtitutione Juſtiniani. Habemus etiam certiſſima hujus rei argumenta in hoc ipſo §. quæ in progreſſu indicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus ſcilicet jus illud, quod de incertis perſonis recenſuit, emendarit. Non enim dicit, ſe id jus penitus ſuſtuliſſe, ſed non penitus reliquiſſe inemendatum. Ex verbis quidem Juſtiniani nihil hic colligere poſſumus, quam, hoc eum conſtitutione ſua caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui quid legatum eſt, non amplius vitiet legatum, ſi ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere poſſit. Sed tamen non ſemper id admittendum videtur. Quid enim ſi eventus inciderit in eas perſonas, mortuo aut ignorante teſtatore, quibus veriſimile non eſt ſpecialiter eum legaturum fuiſſe? Finge, ſic eſſe legatum, *Qui filiam ſuam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum da-*

dato: eamque collocaſſe ignorante teſtatore qui inimicus teſtatori fuerit, qui peſſime de eo meritus, qui ſit infamis aut vitæ flagitioſæ: non putarem, huic quicquam ex hujuſmodi legato deberi, ne nunc quidem poſt conſtitutionem Juſtiniani. Certius vero de re tota conſtitui poſſet, ſi conſtitutio, ad quam hic relegamur, extaret: ſed in Codice, quod nunc utimur, deſideratur. Græcam fuiſſe veriſimile eſt, omiſſamque a Latinis deſcriptoribus intercidiſſe.

Non ſolum in hæreditatibus) Ergo olim nec hæres inſtitui incerta perſona potuit: quod etiam diſerte ſcriptum eſt ab Ulp. *tit.* 22. §. 3. De poſtumo tamen alieno teſtatur ipſe Juſtinianus §. *ſeq.* potuiſſe cum & antea hæredem inſtitui. Ceterum hoc quomodo accipiendum ſit, ibi declarabimus.

Et fideicommiſſis) De fideicommiſſis cautum propter perſonas incertas, §. *incertis.* 25. *ſup. eod.* nam poſtumo alieno etiam antea fideicommiſſum relinqui potuiſſe evincitur ex *l.* 2. *de jur. cod. l.* 5. §. *ultim. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum eſt, Juſtinianum non ſolum de poſtumo alieno caviſſe, ſed de ceteris quoque perſonis incertis.

Tutor autem nec per noſtram conſt. incertus dari) Hic iterum locus oſtendit, verum eſſe, quod diximus, Juſtinianum in conſtitutione, cujus hic meminit, emendaſſe jus de perſonis incertis, non ſolum poſtumis: male enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conſervari voluerit, *l. tutor.* 20. *de teſt. tut.* ad cautionem pupilli pertinet; quippe cujus intereſt, ne incerti aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus teſtatori conſtare non potuit, ad tutelam admittantur, maxime ſine ſatisdatione, a qua tutores teſtamentarii immunes ſunt: cui adde, quod in dilatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea ſuſcepta tutor conſequatur.

TEXTUS.

De poſtumo alieno hærede inſtituto.

28. *Poſtumus autem alienus hæres inſtitui & ante poterat, & nunc poteſt: niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo accipiendum, quod hic ait Juſtinianus, poſtumum alienum etiam antea hæredem inſtitui potuiſſe?*
2. *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant, huic loco deeſſe negationem.*

ETſi, ut ſuperius dixit, antea ita jus fuit, ut poſtumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hic ait, hæres inſtitui is poſtumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ ſupra relata ſunt de inutili inſtitutione poſtumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte a Juſtiniano facta. Tum ſi antea poſtumus alienus hæres inſtitui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum inſtitui poſſe? An quia conſtitutione ſua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expreſſe, ſe antiqui juris obſervationem circa incertas perſonas & poſtumos alienos emendaſſe etiam in hæreditatibus, ſignificans, ſua demum illa conſtitutione effectum, ut etiam poſtumus alienus recte hæres inſtituatur. Sed ſciendum eſt, neutrum jure civili in perſona poſtumi alieni valuiſſe; ſive hæres inſtitutus eſſet, ſive legatum ei datum: ceterum legatum etiam jure prætorio inſuper habitum, cum eo jure inſtitutio poſtumi alieni, ut favorabilior, ſuſtineretur, inſtitutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. *inf. de bon poſſ. in pr. l. poſtumus. 6. de inoff. teſt. l. 1. §. ſi filius 12. de vent. in poſſ. mitt. l. 3. de bon. poſſ. ſec. tab.* Quamobrem interpp. fere omnes hæc verba Juſtiniani, *& ante poterat, & nunc poteſt*, ſic acceperunt, ante poterat jure prætorio, nunc poteſt etiam jure civili, ex conſtitutione ſcilicet Juſtiniani, ut cum utrumque intelligi non poſſit de eadem juris ſpecie, accipiatur de eodem juris effectu, cum parum referat ad vim tabularum, utrum hæreditas ex iis adiri, an bonorum poſſeſſio peti poſſit: quod ego veriſſimum eſſe arbitror. Neque obſtat, quod Juſtinianus loquitur de hærede inſtituto, quod verbum eſt juris civilis: ſic enim loqui eum neceſſe fuit, ut oſtenderet differentiam inſtitutionis & legatorum, de quibus antea egerat. Et quid prohibet, quominus dicatur jure facta inſtitutio, quæ jure prætorio ſuſtinetur? Sane Ulpianus in *d. l. 6. de inoff. teſt. l. 1. §. ſi filius. 12. de vent. in poſſ. mitt.* cum de poſtumo alieno loquens, eum hæredem ſcriptum aut hæredem inſtitutum, natumque ſecundum tabulas habere ſcribit, nihil aliud ſignificat, quam poſtumum alienum jure prætorio recte hæredem inſtitui. Quin etiam Paulus ſimpliciter reſpondet, hujuſmodi inſtitutionem jure fieri, *l. Titius. 25. §. 1. de lib. & poſt.* cujus ſpecies huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium obſervavit Ant. Faber. IX. *conj.* 2. D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcarum Inſtitutionum fidem exiſtimat, huic loco deeſſe negationem, & legendum, *Poſtumus autem non alienus*, id eſt, *ſuus*; quod jam olim etiam tentavit Alciatus IX. *parerg.* 1. ſed errare eos aperte oſtendit ſubjecta exceptio, *niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt*: quæ exceptio neceſſario intelligenda eſt de poſtumo alieno, ſive eam accipias de poſtumo, qui in utero ſit ejus mulieris, quicum omnino nullum connubium eſt, ut ſunt Veſtales, Sanctimoniales ſeu Aſcetriæ, quæ perpetuam voverunt caſtitatem; ſive etiam de eo poſtumo, qui ex ea muliere & teſtatore naſciturus eſt, quæ illius uxor eſſe prohibetur, propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippe quod ex his naſcitur vivo teſtatore, in poteſtate ejus naſci non poteſt: eſtque turpis hujuſmodi inſtitutio, ipſoque jure non valet. *l. 9. §. 1. de lib. & poſtum.* Jam vero ſtultiſſime exciperetur poſtumus alienus, ſi id quod præcedit, ad poſtumum alienum non pertinet, ſed ad non alienum ſive ſuum duntaxat. Miror que adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat ſuam illam & Alciati emendationem. Ceteris Bachovii argumentis quivis facile occurret, qui modo hæc noſtra attente legerit.

TEXTUS.

De errore in nomine legatarii.

29. *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii teſtator erraverit, cum de perſona conſtat, nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus ſervatur; & recte. Nomina enim ſignificandorum hominum gratia reperta ſunt: qui, ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt.*

NOTÆ.

29. *Cum de perſona conſtat*) Id eſt, dummodo certum ſi demonſtratione teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Et pari ratione quamvis teſtator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti ſi fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile eſt legatum, & debebitur Sempronianus, *l. 4. de leg. 1.* Secus eſt ſi erraverit in nomine rei appellativo, puta ſi cum veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit; quia rerum vocabula naturæ conſona, publica & immutabilia ſunt, *d.l.4 l.7.§.2.de ſup.leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Subtilius ac diligentius, quam paſſim, explicatur differentia nominum propriorum.*
2. *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cum de perſona conſtat? & num. 5.*
3. *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo?*
4. *Quid ſi teſtator rem oculis ſubjectam alieno nomine appellaverit?*

TRactationi de incertis perſonis ea de errore nominis, item de falſa demonſtratione & falſa cauſa, ideo ſubjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo perſonam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus Pand. *de cond. & dem.* item *tit. C. de falſ. ca. adj. leg. cum 2. ſeqq.* ad quem vid. D. Tuld. & Perez. add. Chriſtin. *vol. IV. deciſ. 49.* Nos etiam quædam ſubtilius atque accuratius, quam illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine) Hæc quatuor nomina etiam Imperator Gordianus diſtincte expreſſit, *l. 4. C. de teſtam.* & Chariſius Grammaticus ſic ſcribit: *Propria nomina in quatuor ſpecies dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen eſt, quod nomini præponitur, ut Publius. Nomen quod familiæ originem declarat, ut Cornelius. Cognomen, quod nomini ſubjungitur, ut Scipio. Agnomen, quod extrinſecus adjici ſolet, ut Africanus.* Hæc ille. Plura etiam ejuſmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Craſſus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Aſiaticus.* Chariſius autem non ſatis diſtincte videtur rem
1 ipſam explicaſſe. Prænomen erat nomen cujuſque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc eſt, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi cauſa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine ſingulæ familiæ in quaque gente diſtinguebantur, idemque omnium, qui ejuſdem familiæ erant, cognomen erat; ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Aſia oppreſſa agnomen acceperunt, quanquam ejuſdem eſſent familiæ, teſte Cicerone *pro Muren.* quo tamen loco non agnomen illud, ſed cognomen vocat. Idem *lib. II. de offic. c. 16. Divitem Craſſi*, & *libro de amicit. c. 2. Sapientem M. Catonis cognomen* fuiſſe ſcribit. Apud noſtros quoque tantum nominis, prænominis & cognominis mentionem fieri reperio, *l. 1. de & poſt. l. heredet. 21. §. 1. qui teſt. fac. l. 8. §. 2. ſec. tab.* Unde apparet veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etſi hæc interdum diſtinguant. Cicero *lib. 1. de invent. c. 9. Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut neceſſaria, quippe quibus pleroſque caruiſſe conſtat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuo uti conſueverant: ut *L. Cornelius Sylla*; C. *Julius Cæſar*: *M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut poteſt, declarat, ſcribens, nomen eſſe τὸ κύριον ὄνομα, prænomen, quod nomini præponitur, a majoribus vel benefactoribus aſſumptum. Hodie in toto orbe Chriſtiano præter nomen familiæ ſive cognomen hæreditarium a parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptiſmi initiamur; & in Eccleſiam recipimur. VINN. Omnibus Romanis fuiſſe cognomen, haud facile demonſtraveris. Aliud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio obſervavit Plutarchus *in vita Marii ab init.* Sic & fœminæ, eodem teſte, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia, immo & prænomen, ut a Perizonio, Spanhemio aliiſque demonſtratum eſt, ſed nullo cognomine. Sed & id obſervandum, genti Sulpitiæ bina ſemper fuiſſe prænomina: alterum commune SERVIUS: alterum proprium, ut *Cajus*, *Marcus*, &c. Adoptivi plerumque retento prænomine, adſumebant nomen patris adoptantis, & cognominis loco addebant nomen gentis, ex qua prodierant, inflexum in ANUS. e. g. M. JULIUS OCTAVIANUS. Sed hæc tamen non ſemper ita ſe habuiſſe permultis exemplis oſtendit vir ſummus, Ez. Spanhemius *de uſu & præſt. numiſm.* HEIN.

Cum de perſona conſtat) Sive quis hæredem inſtituit, ſive alicui quid legat, perſonam hæredis & legatarii demonſtrare oportet. Demonſtrantur perſonæ citra controverſiam ſuo nomine, ceterum & aliis rebus demonſtrari poſſunt, & ſi aliis demonſtrentur, vel inſtitutio & legatum perinde, ac ſi proprio nomine demonſtratæ eſſent, *l. quoties. 9. §. ſi quis. 8. de her. inſt. l. 8. §. 2. de bonor. poſſ. ſec. tab. l. 4. C. de teſt.* & generaliter in omnibus partibus juris demonſtratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim. 34. de*

2 *cond. & dem. l. 2. de lib. & poſt.* Cui jam & illud conſequens eſt, ut ſi falſum nomen adjectum ſit, errante in nomine teſtatore, nihilominus & inſtitutio, & legatum valeat, perindeque habendum ſit, quaſi nomen omnino adjectum non eſſet; dummodo certum ſit demonſtratione teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Ut enim cetera omittantur, perſonam tamen neceſſe eſt ita demonſtrari a teſtatore, ut certa appareat, quem ille intellexerit. *d. l. quotiens.* 9. *§. ſi quis.* 8. Pro non dicto enim eſt, aut pro non ſcripto, quod ita dictum ſcriptumve eſt, ut non intelligatur. *l.* 2. *de his quæ pro non ſcript. hab.* Finge ergo, hoc modo vel inſtituiſſe: *Cornelia, ſororis meæ, filius hæres eſto*, vel legaſſe, *Cornelia, ſororis meæ, filio fundum illum do lego*; ſi ſoror unum tantum filium habeat, hic quia ſatis apparet, quem teſtator deſignavit, valet inſtitutio & legatum. Idemque eſt, ſi ſic dixerit: *Cornelius, ſororis meæ Cornelia filius, heres eſto*: aut, *Cornelio, ſororis meæ Corneliæ filio, centum lego*: etiamſi ei non Cornelio, ſed Sempronio nomen ſit. Porro dum certa ſit demonſtratio, unde ea ducatur, nihil intereſt. Nam & ſic recte hæres nuncupatur indicio digiti, *Hic mihi hæres eſto*, cum præſens eſt, qui oſtenditur. *l. nemo.* 58. *de hær. inſt.* Denique & ſic quoque recte demonſtratur: *Cujus nomen in codicillis ſcripſero, ille mihi hæres eſto*, *l.* 10. *de cond. inſt.* cujuſmodi demonſtrationes in legatis vel magis valere de-
3 bent. Pari ratione etſi teſtator erraverit in nomine rei legatæ, veluti ſi fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile eſt legatum, & debebitur Sempronianus, ſi conſtet hunc legatum eſſe. *l.* 4. *de legat.* 1. Et convenienter, ſi quis, cum unum tantum ſervum haberet: dixerit: *Servum meum Stichum do lego*, valebit legatum, licet ſervo *Davus*, non *Stichus*, nomen ſit, *arg. §. ſeq.* Plane, ſi quis, cum veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit, putans, veſtem appellatione ſupellectilis contineri, placet, nec ſupellectilem nec veſtem deberi, quaſi neutrum legatum ſit. *d. l.* 4. *de legat.* 1. Ubi Juriſconſultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia* ſint, *hominum mutabilia*. Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei ſive perſonæ tantum ſingularis deſignandæ cauſa reperta ſunt. Hæc mutabilia eſſe ait, quia ſcilicet privata ſunt, & pro arbitrio ſingulorum & imponuntur, & mutantur; illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo.* 7. *§.* 2. *de ſupell. leg.* ut proinde error in his tolerabilis ſit, in illis ſtultus & intollerabilis. Et eſt ſane ingens inter hæc diſcrimen. Propria nomina omnia θεσει conſtant, & ita, ut pro arbitrio cujuſque privati, & citra conſiderationem naturæ rei imponantur: unde nec rei ουσιαν, ſed tantum differentiam εννοιωδην indicant. Appellativa autem fere φυσει conſtant, id eſt, a natura vim ſuam habere videntur, ſaltem prima; quæ ſunt αρχηγα και στοιχεια, id eſt, principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem exiſtimat, majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina impoſuiſſe. Sed & flexa, etſi impoſititia ſunt, publica tamen & ipſa ſunt ac communia, & ſive prudenter, ſive temere & απο τε

αυτοματε impoſita ſunt, non ſunt tamen ar
ut ex ſingulorum opinione exaudiri debeant
communi uſu. In ſumma eorum impoſitio
conſona habetur, nec minus hæc, quam p
pſam rei ſubſtantiam indicant. Vinn. Sed no
hodie quiſpiam cum Cratylo apud Platonem e
bit, vocabula φυσει ſignificare, non ex impoſiti
minum. Nec opus tam ſubtili ratione, quum
reddi poſſit. Nomen proprium uni datur, adpel
pluribus commune eſt vel perſonis vel rebus. Si
que per errorem ſupellectilem pro veſte ſcripſer
tum debetur, non veſtis, quia hujus non fit me
ſupellex, quia de hac non ſenſit, vocabulo hoc
rebus quam veſtibus conveniente. At ſi Davum
cho dixit, & unus tantum ſervus adſit, facile ad
quo ſenſerit teſtator, quia nomen proprium
non niſi uni ſervo ſuo competere poteſt. Hein.
quæſitum eſt, an non ſaltem valeat legatum
cum oculis ſubjecta eſſet, a teſtatore demonſt
ut alieno nomine eam appellaverit; veluti
equus præſens eſſet, ita legaverit, *Hunc bovem*
lego. DD. comm. probant ſententiam Accur
quæ extrinſecus. 65. *de verb. obl.* exiſtimantis,
atque equum deberi: quod tamen mihi mini
ſentaneum videtur ei, quod ſcribit Paulus *l.* 111.
dub. eum, *qui aliud dicit, quam vult, neque id*
quod vox ſignificat, quia non vult, neque id qu
quia id non loquitur: convenienter plane ſente
ve Servii ſive Celſi, *non videri quemquam id*
cujus non ſuo nomine uſus ſit, aut, quod ider
neminem videri ſenſiſſe, quod non dixit: qu
Tubero plus hic tribuebat voluntati. *l.* 7. *§.* 2.
leg. Quamobrem magis eſt, ut tale quoque l
inutile haberi debeat, atque æque ſtultum a
ſorium, ut illa de quibus *in l.* 4. *de legat.* 1
etiam Mynſingero verius videtur. Sane ſi qu
tas librorum appellatione, aut contra, compl
ſe dicatur, locus eſſe poteſt quæſtioni volunta
pter rerum affinitatem, *l. librorum.* 52. *§. quo*
4. *de legat.* 3. Quin etiam generaliter id ad
dum putem, ſi aliquo colore uſuve loquend
bulum, quo teſtator uſus eſt, ad id, quod
dicitur, extendi poteſt. *arg. l.* 9. *de trit. vin.*
Significandorum hominum gratia) Ratio ele
enim nomina in hoc inventa ſunt, ut per ea
dius perſonæ deſignentur, profecto nec omi
minis, nec error in nomine legatarii, ſi aliu
perſona ejus certo conſtat, legatum vitiare
& recte Pedius nihil referre dicebat, proprio
res appelletur, an digito oſtendatur, an vocab
buſdam demonſtretur, quoniam vice mutua
tur, quæ tantundem præſtant. *l.* 6. *de reb. cr*

TEXTUS.

De falſa demonſtratione.

30. *Huic proxima eſt illa juris regul*
ſa demonſtratione legatum non perimi.
ti ſi quis ita legaverit: Stichum,
meum vernam, do lego. *Licet enim n*

na, ſed emptus ſit: ſi tamen de ſervo conſtat, utile eſt legatum. Et convenienter, ſi ita demonſtraverit: Stichum ſervum, quem a Sejo emi, *ſitque ab alio emptus; utile eſt legatum, ſi de ſervo conſtat*.

COMMENTARIUS.

1. *Regulam hoc loco traditam ſic eſſe temperandam, niſi quid aliud legato obſtet, præter falſitatem demonſtrationis: quod variis exemplis declaratur.*

QUod in errore nominis perſonæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ cuſtoditur, ut etſi falſo hujuſmodi nomine teſtator uſus ſit, legatum tamen ob id non vitietur, modo de perſona aut re aliunde conſtet; id etiam obtinet in demonſtratione, hoc eſt, adjectione omni, quæ extra nomen perſonæ aut rei deſignandæ gratia adhibetur, ut etſi vel in perſona legatarii, vel in re legata demonſtranda aliquid erratum ſit, tamen perinde legatum valeat, ac ſi nullus error interveniſſet; dummodo conſtet, cui legare, aut quam rem legare teſtator voluerit. *l. demonſtratio.* 17. *in pr. & §. 1. l. falſa.* 33. *cum l. ſeq. de cond. & dem.* Ratio eſt, quia nomen & demonſtratio mutua vice funguntur, aut demonſtratio vice nominis. *l. 6. de reb. cred. l. nominatim.* 34. *de cond. & dem.* Eoque reſpicit Juſtinianus in *pr. hujus §.* cum ait, proximam eſſe ſuperiori hanc juris regulam, *falſa demonſtratione legatum non perimi*. Habet autem hæc regula ſuas nonnullas exceptiones, & in univerſum ſic temperanda eſt, niſi quid aliud legato obſtet
1 præter falſitatem demonſtrationis. Etenim ſi demonſtratio certam rem aut ſummam indicet, ſed circumſcriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc eſſe legatum traditum eſt. Ut ecce, teſtator ita legavit: *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego*. Si hæc in arca nulla ſint, placet nihil deberi, quaſi certum corpus, quod in rerum natura non eſt, legatum ſit, *l. ſi ſervus.* 108. *§. qui quinque.* 10. *de lega.* 1. *l. 1. §. ſed & ſi.* 7. *de dot. prel.* juncta *l. plane.* 34. *§. 4. de legat.* 1. prius enim eſſe debet, quod legatur, quam legatum valeat, aut dici poſſit falſa demonſtratione non perimi, *l. quibus.* 40. *§. pen. de cond. & dem.* Item ſi quis ita legaverit: *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, ſine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum eſſe, non propter vitium demonſtrationis, ſed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum ſit. *l. ſi ſic legatum.* 75. *§. 1. de legat.* 1. Et eadem igitur ratione inutile erit & hoc legatum: *Quod Titio debeo, ei lego*, ſi teſtator neque debeat, neque quantitas adjecta ſit; quamvis ſi ita dixerit: *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, nec quicquam Titio debeatur, legatum ſit utile; quia ſola falſa demonſtratio legatum non vitiat. *d. l. ſic legatum.* 75. *§. 1. l. legavi.* 25. *ſub. fin. de lib. leg.* Sed & amplius, licet quantitas adjecta ſit, tamen ne ſic quidem ſemper utile legatum in ſuperioribus ſpeciebus. Finge, teſtatorem ita legaſſe: *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*, conſtat, hoc legatum inutile eſſe, etiamſi verum ſit, centum Titio deberi: quoniam debitor id, quod ipſe debet, alii quam creditori legare non poteſt. Quam ob cauſam nec ſi falſum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonſtrationis, id adjecta vitioſa demonſtratio utile efficere non poteſt. Finge iterum legaſſe hoc modo: *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, reſponſum eſt, nihil hic item eſſe in legato, multumque intereſſe inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem, ſive cauſam. *d. l. ſi ſic legatum.* 75. *§. 2. d. l. legavi.* 25. *verſ. quod ſi ſic.* Nimirum etſi hic centum verbo legata ſunt, revera tamen nihil aliud legatum, quam liberatio: quo legato hoc continetur, ut, ſi hæres petat, exceptione removeri, ſi non petat, ultro pulſari poſſit, ut debitorem liberet. *l. 3. §. 3. de lib. leg.* Neutri vero horum locus eſſe poteſt, ubi nulla eſt obligatio. Pari denique ratione ſi teſtator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile eſſe legatum, ſi nihil Titius debeat, *d. l. ſi ſic legatum.* 75. *§. 2.* quippe nec hic legantur centum, quæ hæres det, ſed actio, quam præſtet adverſus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones ſuas præſtet, nullas vero habere aut præſtare poteſt adverſus eum, qui nihil debet: quod Juriſconſultus in *d. l. ſi ſic legatum.* 75. *§. 2.* breviter his verbis ſignificat: *Eſſe enim debitor debet*.

Stichum ſervum meum vernam) Exemplum falſæ demonſtrationis. Eſt autem verna ſervus domi ex ancilla natus, οικογενης, οικοτραφης. Quod nomen Feſtus a *vere* deductum putat, *quod id tempus duce natura fœtura eſt*. Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua*, *uva vernacula*, id eſt, επιχωριοι. Cicero v. *in Verr. c. 61. vernaculum crimen* pro domeſtico; Auctor incert. *de bello Hiſpan. c. 7. vernaculas Pompeji legiones* pro propriis dixit.

Stichum ſervum, quem a Sejo emi) Aliud ejuſdem generis exemplum ex *l. demonſtratio.* 17. *§. 1. de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti ſi ita ſervus demonſtratus ſit: *Stichum ſutorem, Stichum cocum Titio lego*. Licet enim neque ſutor, neque cocus ſit, ad legatarium pertinere dicitur, ſi de eo ſenſiſſe teſtatorem appareat. Exempla autem hæc ſunt falſæ demonſtrationis adjectæ rei legatæ: idem vero etiam obtinet, ſi in perſona legatarii deſignanda quid erratum ſit, aut falſo demonſtratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel neceſſitudinem, vel affinitatem, dummodo de perſona ejus conſtet, cui teſtator legaverit. *d. l. 17. §. 1. l. falſa.* 33. *& l. ſeq. eod.* Quod tamen & ipſum ſemper ſic accipiendum eſt, dum nihil amplius obſit legato, quam falſa demonſtratio; non etiam error, qui obſtet voluntati: qualis plerumque naſcitur ex errore ſanguinis. Nam ſi quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut ſanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit. *arg. l. 4. & l. 7. C. de her. inſt.*

TEXTUS.

De falſa cauſa adjecta.

31. *Longe magis legato falſa cauſa adjecta non nocet: veluti cum quis ita dixerit*: Titio,

tio, quia me abſente negotia mea curavit, Stichum do, lego: *vel ita*: Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus ſum, Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia teſtatoris unquam geſſerit Titius, neque patrocinio ejus liberatus ſit, legatum tamen valet. Sed ſi conditionaliter enuntiata fuerit cauſa, aliud juris eſt: veluti hoc modo*, Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.

N o t æ.

31. *Legato non nocet*) Quia ait Papinianus, ratio legandi legato non cohæret, *l. 72. §. 6. de cond. & dem.* id eſt, quia legatum conſtat etiam citra rationem adjectam legato, ideo falſa cauſa non nocet, quia vera quoque neceſſaria non eſt. At citra nomen aut demonſtrationem legari non poteſt.

C o m m e n t a r i u s.

1. *Cur longe minus falſa cauſa legato adjecta nocere dicatur, quam falſa demonſtratio?*
2. *Cauſam in futurum collatam ſive modum huc non pertinere.*
3. *Qua ratione legatum in propoſito ſuſtineatur?*
4. *Inſigne hujus juris temperamentum.*
5. *Qua in re conditio & modus conveniant, & diſcrepent?*

Quod juris eſt, ait Cajus, in falſa demonſtratione, hoc vel magis eſt in falſa cauſa. *l. demonſtratio. 17. §. 2. de cond. & dem.* Cauſa noſtris dicitur cauſa præterita, ſeu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus. 52. de cond. ind.* cauſa irritatrix, quam dialecti προκαταρκτικην vocarent; alias αφορμην, occaſio, cauſa impellens, dicitur. Igitur cauſa, id eſt, ratio legandi, etiamſi
2 falſa ſit, legato non obeſt. Sed cur ait, longe minus falſam cauſam legato adjectam nocere, quam falſam demonſtrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonſtratio cum legato cohærent; adhibentur enim ad perſonam legatarii aut rem legatam deſignandam: cauſa autem legandi a legato ſeparata eſt, & ſine ulla cauſa legari & poteſt & ſolet. Hanc differentiam indicat Papinianus *l. cum tale. 72. §. falſam. 6. de cond. & dem.* cum ideo ait falſam cauſam legato non obeſſe, *quia ratio legandi legato non cohæret*. Cauſa, quæ in futurum confertur, modus appellatur, veluti, *Centum lego ut opus extruatur*, &c. *d. l. 17. §. ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ ſub mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod ſub modo legatum eſt, perinde fere habetur, ac ſi ſub conditione relictum eſſet. *l. ſi cui. 92. de cond. & dem. l. 1. C. d. tit.*

3 *Legatum tamen valet*) Donare enim nihilominus teſtator voluit, aut ſaltem voluiſſe præſumitur. Quippe qui ſciebat, ſe ob negotia ſua gratis geſta aut patrocinium ſibi præſtitum nulla neceſſitate remunerandi teneri. *arg. l. donari. 82. de reg. jur. l. damus. 52. l. in ſumma. 65. §. 2. de cond. ind.* Cum igitur gratuitam mereque voluntariam, exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falſitas occaſionis, qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam &, ſi quis inter vivos ob hanc cauſam quid dederit, quod negotia ſua adjuta putabat, falſa licet perſuaſione, datum conſiſtit, nec repeti poteſt, *d. l. damus. 52. de cond. ind.* redditurque hæc ratio in *d. l. in ſumma. 65. §. 2. eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus. *argum. l. in teſtamentis. 12. de reg. jur.* Vinn. Accedit & alia ratio, legatis propria. *Legare*, ut ſupra ex Ulpiano demonſtravimus, eſt, *legis modo aliquid relinquere*. Teſtator itaque ad inſtar legislatoris. Hujus autem lex obligat, tametſi falſa ratione munita: quia jam ipſa legislatoris voluntas pro ratione eſt. Recte Pufendorf *de J. N. & G. lib. 1. cap. 6. §. 1. Lex licet & ipſa ſuis non debeat carere rationibus, hæ tamen proprie cauſſa non ſunt, quare ipſi obſequium præſtetur, ſed poteſtas præcipientis, qui ſibi voluntatis ſuæ decretum ſignificavit, obligationem ſubdito adfert, omnino juxta præſcriptum ſuum faciendi, etſi fors ipſi rationes præcepti haud ita liquido adpareant.* Ita ergo & hæredi neceſſitas imponitur, voluntati teſtatoris, tamquam legislatoris, adimplendi, ſi vel maxime hic rationem vel nullam vel falſam adjecerit
legato. Hein. Ceterum inſigne hujus juris temperamentum Papinianus addit *l. cum tale, 72. §. falſam. 6. de cond. & dem.* niſi hæres probet, teſtatorem legaturum non fuiſſe, ſi cauſam, quam adjecit, falſam eſſe ſciviſſet. Verba Papiniani ſunt, *Sed plerumque doli exceptio locum habebit, ſi probetur, alias legaturum non fuiſſe.* Quaſi dicat, etſi falſa cauſa adjecta legatum nunquam ita vitiat, quin ſummo jure peti poſſit, propter regulam de falſa cauſa: tamen plerumque fieri, ut petentem legatarium hæres ſummoveat exceptione doli mali, docens, teſtatorem ſolius cauſæ, quæ adjecta eſt, gratia legatum reliquiſſe, alias non fuiſſe legaturum. Id vero ſæpe probatu non eſt uſque adeo difficile. Quid enim, ſi teſtator aliquando apud amicos aperte dixerit, ſe, ſi verbi cauſa, Titius negotia ſua non curaſſet, nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet; vel ſe facere non potuiſſe, quin egregium officium ſibi a Titio præſtitum legato aliquo remuneraretur, aliam legandi cauſam non habuiſſe, vel hoc unum ſe moviſſe, ut Titium legato honoraret, quia reſtitutionem ſibi a Principe impetraſſet, alias nihil ſe illi legaturum fuiſſe. Denique quotieſcunque probari poteſt, tanquam pro compenſatione accepti beneficii legatum datum eſſe, locus erit exceptioni doli; quippe quæ omnibus obſtat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt. *l. 3. §. ult. de adim. leg. l. 4. §. præterea. 10. de dol. mal. exc.* Et ideo ſi quis cum Titio quædam ſua negotia peregre curanda commiſiſſet, atque exiſtimans ea diligenter curata eſſe, centum eidem Titio legaverit; cum adjectione hujus cauſæ, quam falſam eſſe & negotia illa neglecta hæres doceat; putarem hic etiam petenti legatario obſtituram doli mali exceptionem.

Conditionaliter enuntiata) Si cauſa conditionaliter hoc modo enuntiata fuerit: *Titio, ſi negotia mea curavit, fundum lego*; cauſa legato ipſa conceptione cohæret, & ſi falſa eſt, fit, ut voluntas legato deſit, & legatum ſit inutile. *l. demonſtratio. 17. §. pen.*

de cond. & dem. Nam conditiones, quæ in præſens aut præteritum tempus conferuntur, ſi falſæ ſint, ſtatim vi ſua inanem & inutilem actum reddunt, *§. pen. inſ. de verb. obl.* Itaque hoc caſu legatum non debebitur ipſo jure; eoque nec exceptio adverſus petentem deſiderabitur. Conditioni affinis eſt modus: utrumque enim futurum aliquid ſpectat: nam ſi hac legandi formula teſtator utatur; *Titio centum do lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum eſt ſub modo, *d. l. demonſtratio.* 17. *§. ult.* ſi ita dixerit: *Do lego ſi monumentum faciat*, eſt conditionale. Effectu autem inter hæc multum intereſt: nam legatum ſub modo relictum purum eſt, & ſtatim peti poteſt, præſtita ſcilicet cautione de re reſtituenda, ſi modus non impleatur: ſub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & ſi conditio defecerit, extinguitur, *l.* 3. *l.* 4. *C. de cond. inſert.* quanquam non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur. Nam ſi qui earum, quæ in non faciendo conſiſtunt, collata ſit in poteſtatem legatarii, deſiderante eo ſtatim repræſentatur relictum, dum is caveat, nihil ſe ejus facturum, quod teſtator vetuit: ſi contra fecerit, rem una cum fructibus reſtituturum ei, ad quem jure civili, deficiente conditione, legatum pertinere poteſt. Quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa eſt & compoſita, Muciana dicta: atque in hæreditatibus quoque locum habet. *l.* 7. *l. is qui.* 18. *de cond. & dem.* Plura de conditionibus inſertis D. Tulden. & Perez. *ad tit. C. de falſ. ca. adj. & 2. ſeqq.* Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 49.

Textus.

De ſervo hæredis.

32. *An ſervo heredis recte legemus; quæritur. Et conſtat; pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, ſi vivo teſtatore de poteſtate heredis exierit: quia quod inutile foret legatum, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet teſtator, hoc non debet ideo valere, quia diutius teſtator vixerit. Sub conditione vero recte legatur ſervo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in poteſtate heredis non ſit.*

Commentarius.

Hujus & ſequentis §. exiguus hodie uſus eſt, ſervitute jam ſublata. Proponuntur duæ quæſtiones contrariæ, una hoc §. an ſervo hæredis recte legetur? Altera §. ſeq. an recte legetur domino ſervi hæredis inſtituti?

Pure inutiliter legari) Quod ſervo legatur, ipſi domino legari intelligitur. *l. non minus.* 31. *de her. inſt.* Proinde ſi ſervo legetur, vi ipſa hærdis a ſemetipſo legatur; quod a juris ratione alienum eſt. *l. & quidem.* 18. *l. legatum.* 116. *§.* 1. *de legat.* 1. Ulp. *tit.* 24. *§.* 20. neque natura patitur, ut idem ſibi & creditor ſit, & debitor: quod fieri neceſſe eſt, ſi ſervo hæredis legari volumus: nam hæres hic & creditor ſit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres teſtatoris. Hinc quotieſcunque accedit, ut creditoris & debitoris jura in eandem perſonam concurrant, confunditur obligatio, & neceſſario extinguitur: quia nemo ſibi obligatus eſſe poteſt. *l. ſicut.* 75. *de ſolut. l.* 7. *C. de pact.*

Si vivo teſtatore de poteſtate) Utrum quod pure relictum eſt, valeat, nec ne, ex tempore facti teſtamenti æſtimandum, juxta præſcriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente ſtatim teſtatore, ex poſtfacto convaleſcere non patitur. *l.* 1. *de reg. Cat.* Atqui in propoſito, ſi ſtatim teſtator decedat, vires habere legatum non poteſt. Eadem ratione ſupra dictum eſt, cum res ſua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non conſiſtit, ideo non convaleſcere, etiamſi legatarius eam rem vivo teſtatore alienaverit, *§. ſed ſi rem.* 10. *ſup. eod.*

Sub conditione vero recte) Quod legatum per conditionem ſuſpenditur, id in incerto eſt aliquando valiturum ſit, nec ne, ut dici non poſſit tempore teſtamenti valere aut non valere: & ideo placet Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere. *l.* 4. *de reg. Cat.* quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, ſed poſt aditam hæreditatem cedit, *l.* 3. *eod.*

An quo tempore dies legati cedit) Dies legati ſub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l.* 5. *§.* 2. *quand. dies leg.* ideſt, legatum ſub conditione datum non ante deberi incipit, quam conditio extiterit, *l. cedere diem.* 213. *de verb. ſign.* atque ex eo demum tempore vires hujuſmodi legatum capit; ut proinde etiam ſatis ſit, cum conditio exiſtit, rem in eo ſtatu eſſe, ut poſſit vires capere; quemadmodum in propoſito poteſt, ſi ſcilicet eo tempore ſervus non ſit in poteſtate hæredis. Quod ſi tempore conditionis exiſtentis adhuc in hæredis ſit poteſtate, proculdubio legatum nullum eſt. Sed, inquies, etiam in caſu præcedenti contingere poteſt, ut die legati cedente ſervus non ſit in poteſtate hæredis: poteſt enim ante mortem teſtatoris, ex quo tempore dies legati pure relicti cedit, ab hærede manumitti aut alienari. Reſpondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita ſpectari tempus mortis, ut id tempus vi & poteſtate regulæ Catonianæ conjungatur cum tempore teſtamenti facti, perindeque omnino habeatur, licet diutius teſtatorem vivere contingat, ac ſi ſtatim teſtamenti facti tempore deceſſiſſet. Ex quo eſt, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis. *l.* 3. *de reg. Cat.*

Textus.

De Domino hæredis.

33. *Ex diverſo, herede inſtituto ſervo; quin domino recte etiam ſine conditione legetur, non dubitatur. Nam etſi ſtatim poſt factum teſta-*

teſtamentum deceſſerit teſtator, non tamen apud eum, qui hæres ſit, dies legati cedere intelligitur; cum hæreditas a legato ſeparata ſit, & poſſit per eum ſervum alius hæres effici, ſi prius, quam juſſu domini adeat, in alterius poteſtatem tranſlatus ſit: vel manumiſſus ipſe hæres efficitur: quibus caſibus utile eſt legatum. Quod ſi in eadem cauſa permanſerit, & juſſu legatarii adierit, evaneſcit legatum.

COMMENTARIUS.

HÆc ſpecies ſuperiori contraria eſt. Ait, ei, cujus ſervus hæres inſtitutus eſt, etiam ſine conditione recte legari, hac ratione, quia etiamſi ſtatim decedat teſtator, tamen hoc caſu dies legati apud eum, qui hæres ſit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus tranſmitti; ſed non cedere apud hæredem, ut in caſu ſuperiori, cum domino hærede inſtituto ſervo ejus legatur. Quippe dominum non recta per ſervum hæredem fieri, ſed ita, ſi juſſu ejus hæreditatem adierit: poſſe autem fieri, ut ſervus inſtitutus priuſquam juſſu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel ſibi, vel alteri domino, cujus juſſu adierit hæreditatem acquirat, maneatque ſic hæreditas a legato ſeparata. Cum itaque hic legatum & hæreditas, decedente teſtatore, ſtatim in eandem perſonam non concurrant, neque ita neceſſario ſequatur hæreditatis cum legato confuſio, ut ſuperiore caſu legati cum hæreditate, placet legatum interim in ſuſpenſo eſſe; & ſiquidem ſervus antequam juſſu domini hæreditatem adierit, manumiſſus vel alienatus fuerit, utile eſſe legatum: ſi vero in eadem cauſa manſerit, & juſſu legatarii adierit, evaneſcere propter confuſionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum caſum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione reſponſum eſt, a filio hærede patri etiam pure legari poſſe, *l. a filio.* 25. *l. quæſitum.* 91. *in pr. de legat.* 1.

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine ſcripturæ.

34. *Ante hæredis inſtitutionem inutiliter antea legabatur; ſcilicet quia teſtamenta vim ex inſtitutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti hæredis inſtitutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis inſtitutionem dari poterat. Sed quia incivile eſſe putavimus, ſcripturæ ordinem quidem ſequi; (quod & ipſi antiquitati vituperandum fuerat viſum,) ſperni autem teſtatoris voluntatem; per noſtram conſtitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis inſtitutionem, & inter medias hæredum inſtitutiones, legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus uſus favorabilior eſt.*

NOTÆ.

34. *Sperni teſtatoris voluntatem*) Quæ etiam juxta veterum ſententiam totum in teſtamento facit. *l.* 35. §. 3. *de hær. inſt. l.* 12. *in fin. de leg.* 1.

Et ante hæred. inſtitutionem) Nam in actu continuo & unius tempore nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis inſtitutio ſemper caput & fundamentum teſtamenti, ſive ſequatur ſive antecedat. Weſ.

COMMENTARIUS.

1. Veteres non ſatis idoneam rationem habuiſſe improbandi legata, ante hæredis inſtitutionem relicta: & n. 2.

SEquitur hujus tituli caput ultimum: in quo abolentur quædam juris veteris ſcrupuloſitates, quæ circa formam legandi obſervabantur; & nimirum hæ tres, quod ante hæredis inſtitutionem, quod poſt mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

Ante hæredis inſtitutionem) Olim ſi ab inſtitutione hæredis initium teſtamenti factum non eſſet, legata ante inſtitutionem hæredis relicta inutilia erant; veluti ſi quis in ordinando teſtamento ita primo loco dixiſſet; *Titio centum do, lego*: deinde loco ſecundo: *Sempronius mihi hæres eſto*; legatum hoc, ut præpoſtero ordine ante hæredis inſtitutionem relictum non valebat. Ulp. *tit.* 24. §. *ante.* 14. Paul. III. *ſent.* 6. §. 1. Cujus rei rationem hanc affert Ulp. *quia poteſtas teſtamenti ab hæredis inſtitutione incipit*. Id eſt, quia per inſtitutionem hæredis demum vires, robur, ac firmamentum teſtamentum accipit: ut proinde hæredis inſtitutio veluti caput ac fundamentum totius teſtamenti præcedere debeat: & quod ante relictum eſt, tanquam extra teſtamentum relictum videatur, ἐκτὸς τῆν διαθήκης, ut ait Theophilus. Ceterum hæc ratio Juſtiniano tanti viſa non eſt, ut propter eam ordo ſcripturæ neceſſario ſequendus ſit, ſpreta teſtatoris voluntate. Et merito. Sit enim inſtitutio hæredis caput & fundamentum teſtamenti, ex ea teſtamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l. quod per manus.* 10. *de jur. cod.* non ideo tamen legatum inſtitutioni hæredis præpoſitum perinde habendum, quaſi extra teſtamentum relictum ſit: quoniam cum unus continuus teſtandi actus ſit, nihil in eo ὕστερον πρότερον videri debet: & proinde ſive antecedat legatum, ſive inſtitutionem hæredis ſequatur, inſtitutio ſemper manet caput ac fundamentum teſtamenti. Nec ſcio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam ante hæredis inſtitutionem fideicommiſſum dari potuit, Ulp. *tit.* 25. §. 6. & *tutor.* §. *ad certum.* 3. *ſup. qui teſt. tut. dar.* & quod licebat teſtamentum ordiri ab

ab exhæredatione, *l.* 1. *de hær. inſt.* qua de cauſa Juriſconſultus ibi non ſimpliciter dicit, eum, qui teſtatur, ab hæredis inſtitutione debere initium facere teſtamenti, ſed plerumque debere.

Nec libertas hæredis inſtitutionem) Quaſi dicat, quamvis libertatis magnus ſemper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuiſſe circa libertatis dationem, quam cetera legata. Excipit Ulpian. teſtamentum militis, *tit.* 1. *de libert.* §. *poſt mortem.* 15.

Et ipſi antiquitati) Ipſi etiam veteres in pleriſque potiorem rationem ducunt voluntatis, quam ordinis ſcripturæ, Cujus rei exempla paſſim occurrunt. Ut in *l.* 14. *de pec. leg. l. cum pater.* 77. §. *fidei.* 12. *de legat.* 2. *l.* 6. *de ſolut. l. ſi idem.* 14. *de legat.* 2. & identidem pronuntiant, voluntatem teſtatoris in teſtamento totum facere, *l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *de hær. inſt. l. ſi mihi.* 10. *in fin. de legat.* 1. At enim in hac ſpecie, quæ non tam ab ordine ſcripturæ, quam a juris ratione dependere viſa eſt, non ſunt auſi idem definire. Quæ tamen profecto nimia fuit ſcrupuloſitas. Nam cum illud admiſerint, ut fidejuſſor præcedere poſſet principalem obligationem, §. 3. *inf. de fidejuſſ.* 2. nulla idonea ratio dari poſſe videtur, cur non etiam hoc receperint, ut legata præcedere poſſent inſtitutionem hæredis. Neque enim magis fidejuſſio ſine principali obligatione conſiſtere poteſt, quam legatum ſine hæredis inſtitutione. Denique cum, ut antea diximus, actus teſtandi ſit continuus, in eo conſiderari non oportet, quid prius aut poſterius fiat, cum totum illud, quod fit, unus ſit unius temporis actus. *l. hæredet.* 21. §. *ult. qui teſt. fac.* quod & D. Weſembecius notat.

Per noſtram conſtitutionem) Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quam illa ad Mennam præfectum prætorio in *l. ambiguitates.* 24. *C. de teſtam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quam ut ne vitia, in ſcribendo commiſſa imperitia tabellionum, obſint teſtatoris voluntati. Unde plerique putant, & eſt veriſimile, conſtitutionem, qua primum atque ex profeſſo jus vetus abolitum eſt, deſiderari. Ceterum, quod Baro exiſtimat, conſtitutione illa ſic cautum fuiſſe, ut ordo, qui hic commemoratur, a teſtatore obſervari debeat, & tantum inverſio ordinis in ſcribendo a tabulario facta non vitiaret teſtamentum, falſum eſſe, arguunt verba hujus textus, quæ manifeſte indicant Juſtinianum ſua illa conſtitutione totam hanc rem arbitrio teſtatoris ſimpliciter permiſiſſe, ut nihil interſit, veterem ordinem ſervet, an a legatis initium ſumat.

Et inter medias) Hoc etiam jure veteri licitum fuiſſe teſtis eſt Paul. 3. *ſent.* 6. §. 1. Noſtri notarii ineptiam ſuam produnt, dum ſemper fere a legatis & fideicommiſſis teſtamentum incipiunt, quaſi putent, inverti rerum ordinem, ſi hæredis inſtitutio, quæ tamen caput eſt & baſis totius rei, primo loco ſcribatur. Gomez. 1. *var. reſ.* 2. *n.* 5. Jac. Verwey. *art. teſt. cap.* 16.

Textus.

De Legato poſt mortem hæredis, vel legatarii.

35. *Poſt mortem quoque hæredis aut legatarii ſimili modo inutiliter legabatur: veluti ſi quis ita dicat:* Cum hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item*: Pridie quam hæres aut legatarius morietur. *Sed ſimili modo hoc correximus, firmitatem hujuſmodi legatis aut fideicommiſſorum ſimilitudinem præſtantes: ne in hoc caſu deterior cauſa legatorum, quam fideicommiſſorum, inveniatur.*

Notæ.

35. *Quam fideicommiſſ.*) Jam olim enim benigne receptum erat, ut fideicommiſſa poſt mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. Ulpian. *tit.* 25. §. 6.

Commentarius.

1. *Cur poſt mortem hæredis aut legatarii legare non licuerit?*
2. *Cur licuerit in tempus mortis?*
3. *Legatum filio emancipato poſt mortem patris relictum conferri: cum pater morietur, non item.*

Hæc item mera quædam ſubtilitas fuit, quod olim poſt mortem hæredis aut legatarii legare conceſſum non erat, teſtibus Ulpiano *tit.* 24. §. *poſt mortem.* 15. & Paulo III. *ſentent.* 6. §. 4. quam ob cauſam hunc quoque juris articulum emendavit Juſtinianus.

Inutiliter legabatur) Ulpian. *d. loc. Poſt mortem hæredis*, inquit, *legari non poteſt; ne ab hæredis hærede legari videatur: quod juris civilis ratio non patitur* & Paul. ſimiliter *d. loc. Poſt mortem hæredis legari non poteſt: quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui poteſt.* Credo, quia incertum eſt, quinam illi futuri ſint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In univerſum vero poſt mortem hæredis aut legatarii ideo legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperat a defuncto vel contra defunctum, in perſona hæredis vel contra hæredem non inciperet. §. *poſt mortem.* 12. *inf. de inut. ſtip.* Jam vero, ſi quod poſt mortem hæredis legatur, valere volumus, neceſſe eſt obligationem, quæ contra defunctum non incepit, adverſus hæredem tranſire: ſi quod poſt mortem legatarii, neceſſe eſt, ut obligatio, quæ a defuncto non incepit, ad hæredem ejus tranſeat. Cur igitur, inquies, fideicommiſſum poſt mortem hæredis relinqui potuit? Ulpian. *tit.* 25. §. 6. Reſp. Benigne id receptum fuit, ut fideicommiſſum relinqui poſſet ab hæredis vel legatarii hærede, ſalva in ceteris ſuperiore regula, *l.* 5. *de legat.* 3.

Cum hæres meus mortuus) Aut, *Titio, cum mortuus fuerit, do, lego.* Enimvero, quamvis poſt mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quam hæredis, legatum conferri poterat, puta hoc modo: *L. Titio, cum morietur, do, lego*, vel: *Hæres meus, cum morietur, damnas eſto dare.* Paul. *d. loc.* §. 5. & Ulp. *eod. l. ſi pecunia.* 12. §. 1. *de legat.* 2. *l. ha-*

l. heris 79. §. 1. *de cond. & dem* quemadmodum & ſtipulatio in mortem promiſſoris aut ſtipulatoris utiliter concipiebatur, §. *ita autem*. 14. *inf. de inut. ſtip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors, ſi non ſemel tota eſt, non eſt: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in perſona morientis incipiat, & cœpta ad hæredem tranſmittatur. Hinc etiam illud eſt, quod etſi filius emancipatus non tenetur conferre legatum poſt mortem patris ei relictum, *l. pen. de collat. l. nec emancipati*. 15. *C. eod.* conferre tamen teneatur, quod ei legatum eſt, cum pater morietur: quia id non poſt mortem patris demum acquiſiviſſe, ſed moriente patre, manenteque adhuc vita, eum habuiſſe interpretamur. Conſtat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in poteſtate manſerunt, quæ moriente patre habuit. *l. 6. C. d. tit.* Ulpian. *tit. de poſſ. dand.* §. 3. add. Cujac. III. *obſ.* 34.

Pridie quam hares aut legatarius morietur) Exiſtimaverunt veteres, hoc legatum incidere in ſpeciem præcedentem, & eum caſum, quo poſt mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cum illud *pridie* ante mortem incertum ſit, & nonniſi poſtquam jam mortuus eſt hæres aut legatarius, ſciri poſſit, quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere poſſe crediderunt, quam ſi expreſſe poſt mortem legatum eſſet. Quam ob cauſam ſtipulatio quoque hujuſmodi: *Pridie quam moriar*; vel, *Pridie quam morieris, dare ſpondes?* inutilis erat. *d. §. poſt mortem*. 12. *inf. de inut. ſtip.* Ecce ſollicitam veterum diligentiam.

Correximus) Ex conſtitutione Juſtiniani etiam poſt mortem hæredis aut legatarii legare licet, uti & ſtipulatio in tempus poſt mortem ſtipulatoris aut promiſſoris concepta ex ejuſdem conſtitutione valet. *l. ſcrupuloſam*. 7. *C. de contr. ſtip.* Idem alia conſtitutione antiqui juris regulam abrogavit, permiſitque actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. C. ut act. ab hæred.* Mutandi juris veteris hanc cauſam habuit, quod illud in pura puta ſubtilitate conſiſtebat. Cur enim cum legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus poſt mortem, aut in ante diem mortis? Meræ ſubtilitatis eſt, momentum mortis vitæ in hac cauſa attribuere, atque hoc ſolo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie*, voluntatem teſtatoris infirmari.

Quam fideicommiſſorum) Nam fideicommiſſa etiam olim poſt mortem hæredis recte relinquebatur teſte Ulpiano *tit.* 25. §. 6. *& in l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur.

36. *Pœna quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi haredis cauſa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti ſi quis ita ſcripſerit;* Hæres meus ſi filiam ſuam in matrimonium Titio collocaverit: *vel ex diverſo*, Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut ſi ita ſcripſerit*: Hæres meus, ſi ſervum Stichum alienaverit, vel *ex diverſo*: Si non alienaverit, Titio decem aureos dato. *Et in tantum hac regula obſervabatur, ut quamplurimis principalibus conſtitutionibus ſignificaretur, nec Principem agnoſcere, quod ei pœna nomine legatum ſit: nec ex militis quidem teſtamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis teſtamentis valde obſervabantur: quin etiam nec libertates pœna nomine dari poſſe, placebat; eo amplius nec haredem pœna nomine adjici poſſe, Sabinus exiſtimabat: veluti ſi quis ita dicat*, Titius hæres eſto: ſi Titius filiam ſuam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres eſto. *Nihil enim intererat: qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an cohaeredis adjectione. Sed hujuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit: & generaliter ea, qua relinquuntur, licet pœna nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium tranſlata, nihil diſtare a ceteris legatis conſtituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in trasferendo; exceptis videlicet iis, qua impoſſibilia ſunt, vel legibus interdicta, aut alias probroſa. Hujuſmodi enim teſtamentorum diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. *Quod coercendi haredis cauſa*) Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, ideſt, non ut legatum facilius a legatario obtineatur. Itaque tale legatum, *Hares uxori mea penum dato: ſi non dederit, centum dato, l. 1. de pen. leg.* & ſi quæ ſimilia, non eſt exemplum legati pœnæ. Etſi enim & hic conſtringitur hæres, id tamen non ſit hæredis puniendi, ſed legati juvandi cauſa. Locus Africani in *l. 1. de his, qua pœn. cauſ.* interpolatus videtur a Tribon.

Secta meorum temporum) Ratio, diſciplina, juſtitia, *l. ult. C. de pact.* Alex. *l. 2. C. ad leg. Jul. maj.* Trajan. *ad Plin.* x. 56. Igitur tale legatum: *Hares meus, niſi mare ebiberit*, aut, *niſi uxorem proſtituerit, centum Titio dato*, nullius momenti eſt; quia pœnæ cauſa hæredi, quod impoſſibile aut turpe eſt, injungitur. At cum impoſſibilitas imponitur legatario, puto hoc modo: *Titio, ſi mare ebiberet*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujuſmodi pro non ſcripta habetur, ut §. *propen. ſup. de her. inſt.* quod notandum.

1. *Veteris juris, quod hic refertur, variæ rationes.*
2. *Quid ſit pœna nomine legare?*
3. *Abrogatio hujus juris cum cauſa abrogandi.*
4. *Interpp. pleroſque circa hunc articulum erraſſe, eo quod non ſatis intellexerint, quid ſit, pœna nomine legare?*
5. *Notatur Bachovii & Sutholti inſignis error.*

TErtia hæc ſpecies eſt; in qua jus vetus circa formam legandi a Juſtiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea cauſa fuit, ut qualecumque hoc eſſet, in totum non valeret. Ulpian. *tit.* 24. *§. pœna.* 17. *facit. l.* 12. *de cond. & demonſt. l.* 2. *de his quæ pœn. nom.* Jul. Capitolinus *in Anton. cap.* 8. *Primus conſtituit, ne pœna cauſa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommiſſorum, quam
1 legatorum cauſa fuit, Ulp. *tit.* 25. §. 11. Hujus autem juris duplicem rationem fuiſſe Theophilus memorat. Primum, quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur: ſic autem juris conſtitutio eſt, ut legatum in poteſtate hæredis poni non poſſit. *l. ſenatus.* 43. §. *pen. de legat.* 1. Deinde quia finis legandi hujuſmodi legato obſtat: quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficiſci debere, non puniendi aut territandi hæredis cauſa relinqui: pœnæ vero cauſa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratia relinqui; ſed contra naturam legati odia hæredis, ut ſit pœna, non præmium, non honos. Quin & tertia ejuſdem juris ratio dari poteſt, quod ſcilicet per ejuſmodi legata infringebatur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & licere debet: quod & ipſum jus civile improbat, *l. Titio* 71. §. 2. *de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur ſignificare Theophilus, cum ait hoc genus legatis modum quendam præſcribi hæredibus καθ᾽ ὃν ἔδει αὐτοὺς πολιτεύεσθαι.

Adimebatur vel transferebatur) Exemplum ſit; *Titio centum do; lego. Titius filiam ſuam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam ſuam Sejo collocaverit, quod Titio legavi, non do, non lego; vel, quod Titio legavi, Sempronio do, lego.*

2 *Quod coercendi hæredis cauſa relinquitur*) Vel etiam quod coercendi legatarii cauſa adimitur aut transfertur ut in exemplo modo propoſito. Plenius aliquanto definit Ulpianus *tit.* 24. §. *pœna.* 16. *Pœna*, inquit, *cauſa legatur, quod coercendi hæredis cauſa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat*: id eſt, non ut legatum, quod alicui relictum eſt, facilius a legatario percipiatur aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coercendi hæredis gratia legat: ſed cum ſolum, qui nullam aliam cauſam legandi habet, quam ut hæres coerceatur: quod diligenter notandum eſt, ut ſcilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non ſolum cum hæres non conſtringitur ullo modo, ſed etiam, cum conſtringitur aut coercetur, ſed alius rei gratia, legati ſcilicet, quod datum eſt; juvandi, aut voluntatis teſtatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula obſervabatur) Amplificat veterem regulam quatuor modis, 1. Quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipſis relictum erat, huic ſe juri ſubjiciebant, 2. quod nec ex teſtamento militis hujuſmodi legata debebantur, 3. quod ne libertas quidem pœnæ cauſa dari poterat, 4. quod placebat, nec hæredem pœnæ cauſa adjici poſſe. Quibus & quintum adjici poteſt, quod nec fideicommiſſa, quorum longe laxior natura, quam legatorum erat, pœnæ nomine dari poterant. Ulp. *tit.* 25. §. *pœna.* 11.

Hujuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit) Juſtinianus
etiam in hoc articulo juris veteris obſervationem, ut 3
nimis ſcrupuloſam abrogandam putavit, idque effecit conſtitutione ea, quæ extat in *l. un. C. de his, quæ pœn. nom.* ut jam quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minus valeant, quam cetera, quæ jure relicta ſunt. Et profecto nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres inſtituitur aut legato honoratur, pro modo relicti a teſtatore gravari, aut conſtringi, aut aliquid faciat, quod poſſit facere, & honeſte poſſit: præſertim cum voluntatem defuncti legis inſtar obſervari etiam veteres voluerint. *l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *de hær. inſt.* Humanum tamen eſſe pleriſque viſum eſt, ut hæres ob juſtam ac probabilem cauſam ſaltem excuſetur a pœna; Covar. *in c. Raynaldus.* §. 1. *n.* 7. *Pand. de teſtam.* Peregrin. *lib.* III. *de jur. fiſc. cap.* 18. *n.* 108. Sand. lib. IV. *tit.* 6. *def.* 1. Ex his vero perſpicuum eſt, errare interpp. qui putant, jam tum tempore mediæ juriſprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuiſſe, & Juſtinianum hic intelligere jus quoddam antiquius
eo, quod relatum eſt in Pandectas. Cauſam errori 4
præbuit, quod non intellexerunt, quid ſit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori meæ penum dato; ſi non dederit, centum dato*; quale legatum citra controverſiam ſemper valuit, *l.* 1. *de pen. leg. l.* 1. §. *item ſi.* 18. *ad leg. Falc. l. cum ſine.* 19. *quand. d. leg.* exemplum eſſe ejus, quod pœnæ nomine relictum eſt. Verum ex definitione Ulpiani paulo ante a me relata atque illuſtrata facile apparet, hoc exemplum ad legata pœnæ cauſa relicta non pertinere: quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio hæredis, aut ob eam cauſam, ut hæres coerceatur: ſed totum apparet relictum & cautum uxoris gratia. Manifeſta igitur illa ignoratio eſt elenchi. Neque neceſſe eſt, ut cum Cujacio *tract.* v. *ad African. in l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc ſpeciem, *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: ſi non ædificaverit, centum Titio dato. l.* 6. *l. in teſtamento.* 27. *de cond. & dem.* nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex ſuperiore definitione, quod præcipue teſtatoris cauſa relictum eſt, & quo hæres provocetur ad faciendum, quod teſtator ſibi fieri voluit. Juſtius movere interpp. potuit, *d. l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum iſtum eſſe interpolatum, Tribonianumque de ſuo hæc verba, *illicite vel probroſe*, reſponſo Africani inſeruiſſe, atque in calce item adjeciſſe verbum *talem*, ut ſubſerviret conſtitutioni Juſtiniani, quæ quidem ſublato jure veteri permittit pœnæ cauſa legari, ſed excipit, quæ illicita, probroſa, vel impoſſibilia ſunt. VINN. Immo id non adeo exploratum eſt eruditis, *legem.* 1. *ff. de his, quæ pœn. cauſſ.* eſſe a Triboniano in-

interpolatam. Potius Vir Illuſtri. Corn. van Bynkersh. *de legat. pœn. nom. relict. cap.* 4. inde colligit, ea tantum legata viſa olim pœnæ nomine relinqui, quibus teſtator hæredem ad probroſum aliquid faciendum cogere vellet. Quæ ſi vera ſunt, non poteſt quidem Tribonianus argui, quod conſtitutioni Juſtiniani ſubveniens reſponſum Africani interpolavit: aſt erit tamen tunc ejus culpæ reus, quod non intelligens naturam horum legatorum Juſtiniano auctor fuerit, legata pœnæ nomine relicta confirmandi, & excipiendi tamen legata, quibus hæres ad turpe facinus impellatur, quum tamen hæc ſola ſint legata pœnæ nomine relicta. Ita aliquid conceſſit Juſtinianus, quod ſemper conceſſum fuit, prohibuit, quod ſemper prohibitum, id eſt, actum egit. Si cui & id difficile creditu videatur, quia & Ulpian. *tit.* XXIV. §. 17. legata pœnæ nomine relicta fere eodem modo definit, ac hic Juſtinianus: is cogitet velim, an non legata pœnæ nomine fuerint omnia, quæ ab hærede ejus vexandi cauſſa relinquebantur, quibuſque ſæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fors teſtamentum illud Staberi apud Horat. *lib.* II. *ſerm. ſat.* 3. *v.* 84.

Hæredes Staberi ſummam incidere ſepulcro,
Ni ſic feciſſent, gladiatorum dare centum
Damnati populo, atque epulum arbitrio Arri, &
Frumentum, quantum metit Africa.

Juſtinianus ergo has tricas ſuſtulit, juſſitque rata eſſe hæc legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adverſum hæredi injungeretur. Conf. V. C. Nic. Hier. Gundl. *Diſſ. de principe hærede. cap.* 6. §. 32. Hein.

Impoſſibilia, vel legibus interdicta) Impoſſibilia, veluti ſi quis ita leget: *Hæres meus, niſi digito cælum tetigerit*, aut, *niſi mare ebiberit, Titio centum dato*. Legibus interdicta & probroſa, veluti ſi ita leget: *Niſi amitam uxorem duxerit, dato*: vel, *Si parenti alimenta præſtiterit: Si patrem ab hoſtibus redemerit, dato*. *l. conditiones.* 9. *de cond. inſt.*

Hujuſmodi diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur) Merito hujuſmodi diſpoſitiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa eſt. *l. aliud eſt fraus.* 131. *de verb. ſign.* Quæ vero culpa aut fraus in eo, qui non facit, quod vel natura impoſſibile eſt, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujuſmodi legatum: *Hæres meus, niſi mare ebiberit, niſi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti eſt, ut bene Gloſſa in *d. l. un. C. de his, quæ pœn. nom.* notat, & diſerte ſcriptum eſt in *d. l.* 1. *Pand. eod.* Mirorque adeo judicium Bachovii in *Treutl. vol.* II. *diſp.* 13. *theſ.* 6. & Sutholti, qui hoc a præceptore hauſit, *diſſert.* XI. *n.* 59. contendentium, in propoſito non vitiari legatum, ſed vitiari illud ipſum, & non pro adjecto haberi, quod adjectum impoſſibile aut legibus interdictum eſt, *arg.* §. *impoſſibilis.* 10. *ſup. de hær. inſt. l. ab omnibus.* 104. §. 1. *de legat.* I. *l.* 3. *de cond. & demonſt. cum ſimilib.* quibus locis traditur, conditionem impoſſibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare, ſed ipſam vitiari & pro non ſcripta eſſe. Quis enim non videt, quantum interſit, utrum ſimpliciter quis centum leget, ſub conditione impoſſibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio, ſi digito cælum tetigerit, ſi uxorem ſuam proſtituerit, centum do, lego:* an centum leget pœnæ cauſa, eo hæredi injuncto; quod impoſſibile aut probroſum eſt; veluti ſi ita dicat: *Hæres meus, niſi digito cælum tetigerit, niſi uxorem ſuam proſtituerit, centum dare damnas eſto?* Illic legatum non vitiatur; ſed favore ultimæ voluntatis ejuſmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari poteſt, fraudi ſit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non poteſt. Hic legatum nullius momenti eſt, non quia legato adjecta impoſſibilis aut turpis conditio: ſed quia relictum eſt puniendi hæredis cauſa, ſi ipſe conditioni non pareat, id eſt, non faciat, quod natura aut jure facere non poteſt. Hic, inquam, tale legatum inutile eſſe placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hanc eſſe mentem Juſtiniani ex hoc ipſo loco ſatis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impoſſibilia aut turpia ſunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius, & verum eſſe confeſſus eſt in comment. ad hunc §.

Secta meorum temporum) Ratio, diſciplina, juſtitia, *l. ult. C. de pact. Alexand. l.* 2. *C. ad leg. Jul. majeſt.* Trajan. *ad Plin.* 10. 56.

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE ADEMTIONE LEGATORUM, ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. *Tit.* 4.

Continuatio. Quam variis modis ademtio legatorum fiat?

Dictum hactenus eſt de iis, quæ ad conſtitutionem legati pertinent: nunc, uti mos eſt Juriſconſultorum, exponitur quomodo recte ab initio conſtituta infirmentur. Id fit cum aliis modis, tum maxime ademtione aut translatione; de quibus etiam hic Juſtinianus ſolum agit. Eſt autem hæc facultas liberrima, ut quod teſtator ſemel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre poſſit; voluntaſque defuncti ambulatoria eſt uſque ad vitæ ſupremum exitum.

tum. *l.4.hoc tit.* Ademtione legati vel ipſo jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipſo jure legatum ademtum intelligitur, ſi teſtator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis; ſive directo contrariis, dum teſtatur, ſe adimere quod dedit; ſive aliis quibuſcumque, ex quibus aperte intelligatur, pœnituiſſe eum prioris voluntatis: arg. *l. Divi.* 13. *eod.* vel rebus & factis. veluti ſi legatum conſulto induxerit, *l. nibil interriſt.* 16. *eod.* aut rem legatam deſtruxerit, *l. ſi ita.* 65. *§.ult.de legat.*1.*l.lana.*88.*§.2.de legat.*3. aut in novam ſpeciem tranſtulerit, quæ ad priſtinam materiam reduci non poſſit, *d.l.lana.*88.*in pr.* & §. 1. vel nulla neceſſitate adductus alienaverit; de quo actum *tit.prac.* §.*ſi rem.* 12. vel denique, ſi quis nomen debitoris ſui alteri legatum exegerit, de quo ſub §. *tam autem.* 21. *eod. tit.* Ope exceptionis ademtio introducitur, ſi quid intervenerit, ex quo mutata voluntas teſtatoris colligi poſſit, cum neque verbis, neque facto aliquo palam declaraverit, ſe legatum adimere; veluti ſi graves inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium intercesſerint, nec reconciliatio ſequuta ſit, hic petenti legatario obſtabit exceptio doli ex nuda eaque præſumpta contraria voluntate, *l.3.§.ult.* junct. *l.ſeq. hoc tit.* Proinde omnino aſſentior Bartolo in *l. ſi ita* 14. *de legat.* 1. Angelo, Mynſing. & Schneid. *hic.* poſſe legatarium oppoſita exceptione doli ſubmoveri, etiamſi imperfecto teſtamento legatum ademtum eſſe proponatur: quippe cum hæc exceptio obſtet omnibus, qui voluntate teſtatoris deſtituuntur. *l.* 4. §. *praterea.*10.*de dol.mal.exc.l.militis.*36. §.3. *de teſtam. mil.* Præter hæc, quod hic non tangit Juſtinianus, legata etiam caſu intercidunt, videlicet ſi teſtamentum quo aliquid relictum eſt, rumpatur aut irritum fiat. *l.filio.*17. *de injuſt.rupt.l.*8. §.*pen.de inoff.teſt.l.ſi nemo.*181.*de reg.jur.l.*1.*C.de poſt.hær.inſt.* Una tamen hic exceptio eſt ex jure noviſſimo, niſi teſtamentum reſciſſum ſit ex cauſa præteritionis aut exhæredationis: quod cum incidit, ſola inſtitutio irrita eſſe jubetur, cetera autem capita rata manere. *auth.ex cauſa.C.de lib.prat.*vid.*ſup.tit.de inoff.teſt.* Porro eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in alium transferri poteſt; de quo in §.1. ſeu parte hujus tit.altera.

TEXTUS.

De ademtione.

Ademtio legatorum, ſive eodem teſtamento adimantur, ſive codicillis, firma eſt. Sed & ſive contrariis verbis fiat ademtio; veluti ſi, quod ita quis legaverit: Do, lego, *ita adimatur:* Non do, non lego *: ſive non contrariis, ſed aliis quibuſcumque verbis.*

NOTÆ.

Sive codicillis) Teſtamento confirmatis ipſo jure, Ulpian. *tit.* 24. §. 27. fac. *l.* 43. *de man. teſt. d.l.*16. *de vulg.*& *pup.* non confirmatis tuitione prætoris, oppoſita petenti doli mali exceptione, *l.*4.§.10. *de dol.mal.exc.*

Firma eſt) *l.*17.*C.de legat.* Quippe voluntas defuncti ambulatoria eſt uſque ad vitæ ſupremum exitum, *l.* 4. *hoc tit.*

Aliis quibuſcumque verbis) Ut in *l.*3. §.8. *l.* 13. *eod.* vel ſi facto aliquo contrariam voluntatem declaraverit, cujuſmodi exempla habes, *l.*16.*eod. l.* 65. §.2. *de leg.*1. *leg.*88. *eod.*3. §.12. *ſup. tit. prac.* Ope etiam exceptionis ademtio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præſumptione, veluti, ſi graves inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio ſecuta. *l.*3. §.*ult. cum l.ſeq. h.t.*

COMMENTARIUS.

Sive eodem teſtamento) Meminit tantum ejuſdem teſtamenti, propterea quod, ſi aliud teſtamentum factum fuerit, hoc ipſo legata priore teſtamento relicta infirmantur, unaque cum teſtamento, in quo relicta ſunt, citra ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur, quod priore ſcriptura teſtamento datum eſt, id poſteriore adimi poteſt. *l. Divi.*13.*l.nihil prohibet.*17.*hoc tit.l.ſi quis.*16.*de vulg.* & *pup.* Atque adeo etiam ſtatim & continenter, ut opinor, revocati: puta hoc modo: *Centum Titio do, lego: imo non do, non lego*. Neque obſtat, quod traditur in *l. ubi.* 188. *de reg.jur.* ubi pugnantium in teſtamento jubetur neutrum valere: quod Græci reddiderunt; *τα εν διαθηκη αλληλοις εναντιυμενα ουκ ερρωται.* quoniam regula iſta procedit in perplexis atque inter ſe collidentibus: cujuſmodi ſpeciem habemus in *l. ſi Titius.* 16. *de cond. inſt.* non ubi prior ſcriptura per poſteriorem corrigitur, commutatur; aut reſcinditur. *d.l.nihil prohibet.* 17. & ibi Gloſſ. & Bart. *hoc tit.*

Sive codicillis) Intellige teſtamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teſte Accurſ. *hic* & *in præfat. Nov.*159.*verſ.manifeſtum.* Quippe cum codicillis teſtamento non confirmatis nihil directo dari potuerit. *l. libertates.*43.*de man.teſt.*§.*praterea.*10.*inf. de fideic. hær.* conſequens eſt, & arguit *l.ſi quis.* 16. *de vulg.* & *pup.* nec quod teſtamento datum erat, codicillis non confirmatis potuiſſe adimi; ita quidem certe, ut ademtio ipſo jure valeret; nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc caſu repelli potuerit, non eſt dubitandum.*l.*4.§.*praterea.*10.*de dol. mal. exc.* Errat igitur & Accurſ. *dd. loc.*& Bart. *in l.ſi ita.*14. *de legat.* 1. quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipſo jure legatum adimi; hic contra ipſo jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab inteſtato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi? ſed huic quæſtioni locus erat in fideicommiſſis. Hodie tamen etiam in legatis eſt, poſt eorum cum fideicommiſſis exæquationem: cumque dari legata codicillis & ab inteſtato poſſint, conſentaneum eſt, poſſe etiam ipſo jure ſimiliter adimi; eoque jure utimur.

TEXTUS.

De translatione.

1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt: veluti ſi quis ita dixerit*: Hominis

minem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego, *ſive in eodem teſtamento, ſive codicillis id fecerit: quo caſu ſimul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

COMMENTARIUS.

A *B alio ad alium*) Ex Cajo *l.* 5. *hoc tit.* Poteſt vero & aliis modis translatio fieri. Paulus *l.* 6. *eod.* quatuor modos commemorat. *At enim*, inquit, *a perſona in perſonam transfertur*; ad quem modum pertinet ſpecies hic propoſita: *aut ab eo, qui dare juſſus eſt, transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod pure datum eſt, transfertur ſub conditione.* Adjiciatur & quintus, cum quod prius ſub conditione datum eſt, deinde pure legatur, *l. non ad ea.* 89. *de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi. Sejo do, lego) Videtur hæc formula ſimilis eſſe formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cum disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa: *Titio hominem Stichum do, lego: Sejo eundem do, lego*: qua nil Titio adimi ſed Sejus in eandem rem cum Titio vocari intelligitur, §. *ſi eadem.* 8. *tit. præc.* niſi evidenter appareat, adimere teſtatorem voluiſſe. *l. ſi pluribus.* 33. *de legat.* 1. Sed diverſæ omnino ſunt hæ formulæ: & cum quis ita dicit. *Quod Titio legavi, id Sejo do, lego*; ex ipſa conceptione perſpicue apparet, Titium & Sejum non conjungi in eandem rem, ſed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob cauſam etiamſi perſona legatarii non mutetur ſed verbi gratia ita teſtator ſcripſerit, licet ex continenti: *Stichum, quem Titio legavi, hæres meus illi dato, ſi illud aut illud factum erit:* legatum ſub conditione translatum videri reſponſum eſt, eo quod commemoratione prioris legati poſterius ſcriptum ſit. *l. non ad ea.* 89. *de cond. & dem.* Obſtare tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt, in hac ſpecie, *Ex qua parte Sejum inſtitui, ex eadem parte Sempronius hæres eſto*; Sejum & Sempronium conjunctim intelligi inſtitutos. *l. Julianus.* 15. *in pr. de hær. inſt. l. triplici.* 142. *in fin. de verb. ſign.* Sunt qui in inſtitutione hæredum ſic jus eſſe arbitrantur, in legatis contra: quod ego falſum puto, & diverſas eſſe formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego: & Stichum, quem Titio legavi, eundem Sejo lego*: illa enim aperte adimitur Titio, quod Sejo datur: hac uterque in eandem rem manifeſte conjungitur; cum idem utrique legatur. VINN. Alioquin dari ſolet regula: *Ex repetitione nominis primi legatarii præſumi translationem ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem.* e. g. Stichum, quem Titio legavi, Cajo do lego. Titio Stichum do lego, eundem Cajo do lego. Nec obſtat exemplum ex *l.* 15. *pr. ff. de hær. inſtit.* Nam ſi Stichus pro eadem parte legatur Cajo & Sejo: res ipſa docet, hic non translationem eſſe, ſed conjunctionem. Regula autem noſtra indicat, quid in dubio ſit præſumendum. Conf. celeb. Pagenſtech. *Admonit. ad Pand. Part. V.* §. 148. *p.* 581. HEIN.

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. Lib. 35. *Tit.* 2. *Codic. Lib.* 6. *Tit.* 50. *Nov.* 1.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN diſputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua noviſſime antiqua legandi licentia repreſſa, & modus legatorum conſtitutus eſt. Indicatur hic primum occaſio hujus legis ferendæ; inde ſumma juris lege conſtituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore viſum ſit ſpectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Poſtremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, oſtenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis ineatur.

TEXTUS.

Continuatio. Ratio, & Summa hujus legis.

Supereſt, ut de lege Falcidia diſpiciamus qua modus noviſſime legatis impoſitus eſt. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi poteſtas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum eſſet, Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto: *viſum eſt hanc legandi licentiam coarctare: idque ipſorum teſtatorum gratia proviſum eſt, ob id quod plerumque inteſtati moriebantur, recuſantibus ſcriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cum ſuper hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ ſunt, quarum neutra ſufficiens ad rei conſummationem videbatur, noviſſime lata eſt lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum, ideſt, ut ſive unus hæres inſtitutus ſit, ſive plures, apud eum eoſve pars quarta remaneat.*

Notæ.

Ipſorum teſtatorum gratia) Non ſingulorum; ſed in genere, & quaſi in abſtracto conſideratorum. Nam ſingulorum potius hæredum gratia leges hæ latæ, *l.* 71. *hoc tit.*

Tam lex Furia, quam Voconia) Quarum illa cavebat, ne ſupra mille aſſes legare liceret. Ulpian. in *fragm. princ.* Hæc, ne quis cenſus plus cuiquam legaret, quam ad hæredem perveniret. Cic. 1. *in Verr. cap.* 43. Theoph. *hic.* add. Cujac.

Sive unus, ſive plures) Hoc tamen ſic temperandum eſt; ut procedat, ſi legata ſimpliciter ab omnibus relicta ſint; aliud, ſi unus gravetur nominatim. §. *ſeq.*

Commentarius.

1. *Occaſio legis hujus ferendæ.*
2. *Exponuntur verba legis duodecim Tabb.* uti quiſque legaſſit ſuæ rei.
3. *Quo aſpectu leges Furia, Voconia, Falcidia teſtatorum gratia latæ dicantur?*
4. *Latas eſſe haſce leges hæredum potiſſimum cauſa, non ſingulorum teſtatorum.*
5. *Quid a quo cautum lege Furia?*
6. *Quid a quo lege Voconia?*
7. *Quando a quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum?*
8. *Ad qua vel ſtatim, vel ſenſim virtus legis producta?*

1 Lege duodecim Tabb. libera erat legandi poteſtas (Cauſa ſeu potius occaſio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabb. licebat teſtatoribus univerſum patrimonium ſuum in legata conſumere, nihil ut hæredi relinqueretur; præter onus & moleſtiam æris alieni. Sic enim ea lege ſimpliciter cautum erat, uti quiſque legaviſſet, ita uti jus eſſet. *l. verbis.* 120. *de verb. ſign.* Hac licentia cum teſtatores uſi eſſent: eveniebat plerumque, ut ſuprema eorum judicia deſtituerentur, recuſantibus ſcriptis hæredibus nullo ſuo aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis ſæpe oneribus minimeque neceſſariis ſe implicare. Quod cum & ipſis teſtatoribus inutile eſſet, & publice intereſſe exiſtimaretur ſupremas hominum voluntates conſervari: *l.* 5. *teſt. quem. aper.* viſum eſt, ex uſu eſſe reip. hæredes juſto aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo ſuprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commode fieri poſſe creditum eſt, ſi libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhauſtum foret, eſſet aliquid videlicet; quod hæredes ex teſtamento caperent. Quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata eſſet: tandem lege Falcidia perfecta eſt.

2 *Uti quiſque legaſſit ſuæ rei*) Ita quoque verba legis duodecim referuntur in *l. verbis.* 120. *de verb. ſign. Legaſſit ſuæ rei* dictum pro *ſuper pecunia & re ſua*: quomodo auctor *ad Heren. lib.* 1. & Ulp. *in fragm. tit.* 11. §. *teſtamento* 13. legis verba referunt, quaſi dictum eſſet, pro commodo & utilitate rei ſuæ: ut ſit dativus acquiſitive poſitus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minime convenit, ut hæc verba, *rei ſuæ*, non ad verbum *legaſſit*, ſed ad illa, *jus eſto*, referantur, atque ita legamus, *Uti legaſſit, ita rei ſuæ jus eſto*: quod voluit Alciat. *ad d. l. verbis.* 120. & Baro *hic.* Primum quia verba illa, *ita jus eſto*, abſolute ponuntur. Deinde, quia etſi tranſitum in rem aliam haberent, tamen nemo ita loqueretur, *ita jus eſto illius rei*, ſed *de illa re*. Denique non dicimus, ſi quis quid legaverit, *ita jus eſto de re ſua*, ſed *de re ejus*, utentes pronomine demonſtrativo, non reciproco; quia legans de ſe prius locutus non eſt. Vinn. Legem hanc decemviralem, jam alio loco expoſuimus uberius. Conf. & *Antiqu. noſtr. Rom. lib.* 11. *tit.* 15. §. 2. *nota p.* 456. *edit nov.* Hein.

Ipſorum teſtatorum gratia) Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam ipſorum teſtatorum gratia latas, ne ſcilicet, ut ſubjicit, voluntas eorum, deſtituto teſtamento, periret. Forte etiam hæc ratio fuit, quod qui ſubſtantiam omnem legatis erogant, credibile ſit errore ductos id facere, exiſtimantes, plus ſe in bonis habere, quam habent. *arg. l. in fraudem.* 25. *qui & a quib. man.* Quanquam autem etiam retenta plena legandi licentia; & ſecundum eam exhauſto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere poſſunt, ut voluntas ſervetur; quippe qui ne deſerto teſtamento nihil conſequatur, potius cum hærede paciſcentur patremque remittent: §. 2. *inf. in fin. eod.* tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, ſi jure ſuo & beneficio legis partem aliquam haberet, quam ſi beneficio legatariorum. Licet autem hinc intelligere, leges haſce rogatas non eſſe, ſingulorum teſtatorum gratia, ſed tantum in genere, & quaſi in abſtracto teſtatores a latoribus conſideratos, tanquam omnes ita affecti ſint, ut malint partem legatariis detrahi, quam voluntatem ſuam in totum perire. Etenim ſingulorum teſtatorum favore ſi hæ leges introductæ eſſent, licuiſſet ſingulis, & verbi cauſa Titio teſtatori, huic ſuo favori renuntiare, & teſtamento cavere, ne hæres aliqua harum legum uteretur: quod non licuiſſe certum eſt, ſed contra etiam invito teſtatore, contra ſententiam ejus, eoque prohibente, vim ſuam illas exercuiſſe, ut de lege Falcidia expreſſe traditum eſt, *l. quod bonis.* 15. §. 1. & *ult. l. Titia.* 86. *in fin. hoc tit.* convenienter capiti ſecundo ejuſdem legis, quo nemini plus legare permittitur, quam dodrantem bonorum. *l.* 1. *in pr. verſ. ſecundo. eod.* Hujus rei etiam fortiſſimum argumentum eſt, quod placet, in teſtamento militis legi Falcidiæ locum non eſſe, *l.* 7. *C. eod. l.* 12. *C. de teſt. mil.* Nam ſi ex voluntate teſtatoris induceretur, vel magis valere deberet in teſtamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam ceterorum tribuitur. Illud enim plane a ratione juris noſtri alienum eſt, quod cum Portio Mynſingerus tentat, ideo in teſtamento militis ceſſare Falcidiam, quod hoc ipſo, quod cautum eſt, ne legi Falcidiæ locus eſſet in teſtamento militis, cautum quoque intelligatur, ut hæres a milite inſtitutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, ſi nolit, magiſtratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum exiſtimat cum Coraſio, eo, quem miles heredem inſtituit, repudiante, proximos, qui ab inteſtato veniunt, legati præſtatione obſtringi. Et quid ſi illi quoque repudient? Denique ex eo quoque perſpi-

ſpicue apparet, Falcidiam non induci ex voluntate ſingulorum teſtantium, quod laudatur hæres, qui ſolida legata præſtat, quaſi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quam beneficium legis. *l. 1. & ult. C. hoc tit. l. 5. §. ſi quis. 15. de don. int. vir. & ux.* Porro ex his ſimul intelligimus, latas eſſe ſuperiores leges in hæredum potiſſimum gratiam, & nominatim Falcidiam, de qua ſola nunc quæritur; quod etiam diſerte traditum eſt in *l. poteſt. 71. hoc tit.* ac proinde toto cælo errant, qui aſſerunt, haſce leges principaliter & potiſſimum introductas eſſe teſtatoris cauſa: ſecundum autem teſtatorem cauſa hæredis: quo in numero etiam D. Hotomannus eſt.

5 *Lex Furia*) Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi poteſtatem coanguſtavit, lege perlata, ne cui ſupra mille aſſes legare liceret, conſtituta quadrupli pœna adverſus eum, qui plus cepiſſet, Ulp. *tit. 1.* & Theoph. *hic.* qui tamen non aſſes, ſed *νομισματα* habet, ideſt, aureos, ſeu ſolidos. Et forte hæc eadem lex eſt, quam intelligit M. Tullius *pro Corn. Balb. cap. 8. Tulit*, inquit, *apud majores noſtros legem C. Furius de teſtamentis*, ſed tamen non auſim hoc certo affirmare; quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex ſolo Ulpiano & Theophilo diſcere poſſumus, quid lege Furia teſtamentaria, cujus hic meminit Juſtinianus, cautum tentatumque ſit coercendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille aſſes. Qua quidem re etſi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi: & cum de ſingulis duntaxat legatariis lex caveret, facile evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato, hæreditas, præſertim non opulenta, tota abſumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

6 *Lex Voconia*) Cum uſu omnium rerum magiſtro compertum eſſet, lege Furia ſuperius incommodum nequaquam eſſe ſublatum: Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum eſſe exiſtimavit. Igitur abrogata lege Furia ipſe aliam tulit, ne quis cenſus plus cuiquam legaret, quam ad hæredem hæredeſve pervenerit, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coercitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus ſcribit) ne plus haberet legatarius, quam hæres. Verum ne hac quidem lege finis legandi factus, cum & ipſa de ſingulis tantum caveret legatariis. Quid enim ſi numerus legatariorum tantus ſit, ut in ſingulos ſingulis ſextulis erogatis, una quoque tantum ſextula, & forte unus aureus hæredi relinquatur? Quis ſpe tantuli lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantum cavebat, qui cenſus eſſet: ei vero, qui cenſus non eſſet, licebat per eandem legem plus legare, quam ad hæredem perventurum erat, ut ex eodem loco Ciceronis intelligi poteſt.

7 *Lex Falcidia*) Quæ & ipſa plebiſcitum eſt. Lata eſt a Pub. Falcidio tribuno plebis temporibus Auguſti, Cn. Domitio Calvino & C. Aſinio Pollione Coſſ. anno ab urbe condita DCCXLV. teſte Dione *lib.* XLVIII. *p.* 430. Hac demum lege certis terminis circumſcripta eſt legandi licentia, dum non de ſingulis legatariis) ſed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata conſumatur, *l. 1. hoc tit.* Quare, ut maxime legetur multis, ſemper tamen quadrans totorum bonorum poſt hanc legem latam hæredis lucro cedat, neceſſe eſt. Superiores igitur leges etſi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit: quam ob cauſam & ipſa ſola, ſuperioribus antiquatis, recepta, atque in hoc uſque tempus retenta eſt.

8 *Ne plus legare*) Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Ceterum & ad alia producta eſt: & ſtatim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis ſententia ad fideicommiſſa ſingularum rerum. Neque enim perſuadere mihi poſſum, id primum factum Senatuſconſulto Pegaſiano centum demum annis poſt legem latam: quamvis fere omnes ſic ſentire videam, motos, §. *ſed quia. 5. ſeq. tit. verſ. ex ſingulis.* Nam cum utique hoc lex velit & caveat, ne minus, quam quarta pars bonorum hæredibus relinquatur? ut proinde directo ea pars nec auferri, nec minui a teſtatore potuerit, *l. quod bonis. 15. §. 1. & ult. hoc tit.* quis credat, oblique id fieri potuiſſe, licitumque fuiſſe tam longo tempore, legis ſententiam circumvenire, patrimonium fideicommiſſis onerando aut exhauriendo? Neque in *diverſ. ex ſingulis.* expreſſe dicitur, retentionem quartæ partis ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis permiſſam eſſe Senatuſconſulto Pegaſiano, ſed ſimpliciter, permiſſam eſſe, non addito, quo jure permiſſa ſit; quanquam etiam alia iſtius loci interpretatio eſt. Quin etſi Tribonianus expreſſe hoc affirmaret, mihi tamen id ſuſpectum foret. Sane in libris noſtris promiſcue, quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommiſſis ſingularibus tractatur, *l. 5. l. ſi tacitum. 13. l. quod bonis. 15. l. filiusfam. 18. & paſſim. hoc tit. l. 2. & l. 3. C. eod.* Porro lex Falcidia producta etiam eſt ad donationes mortis cauſa, idque conſtitutione, *l. 5. C. eod. l. 2. C. de don. mort. ca.* Quod ſi quis dicat, etiam per mortis cauſa donationes fraudem legi fieri potuiſſe, is cogitet, ante hanc conſtitutionem eandem rationem harum donationum & inter vivos fuiſſe: quippe ſic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire: propterea quod vivo teſtatore exibant ex bonis ejus: ſiquidem etiam quod mortis cauſa donabatur, *επι το πολυ* ſtatim transferebatur in donatarium. Ceterum quoniam revocare hujuſmodi donationem licebat, nec ante plena ac perfecta cenſebatur, quam mors inſecuta fuiſſet, *l. non videtur. 32. de mor. ca. don.* ob hanc cauſam Severo viſum eſt, id etiam, quod ita donatum eſt, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi poſſet. At fideicommiſſa omnimodo in bonis relinquuntur, ut demum poſt mortem ab hærede præſtentur. Exemplo donationum mortis cauſa admiſſa etiam eſt Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus. 12. C. hoc tit.* propter fideicommiſſa quoque introducta eſt in inteſtatorum ſucceſſionibus. Quod a Divo Pio factum, ſcribit Paulus in *l. filiusfam. 18. hoc tit.* Denique vis legis Senatuſconſulto Pegaſiano tracta eſt etiam ad fideicommiſſarias hæreditates, de quo ſeorſum *tit. ſeq.* VINN. Id addo, ex Pauli *Rec. Sent. Lib.* III. *tit.* 8. §. 1. conſtare, jam iſta ætate legem Fal-

Falcidiam etiam ad fideicommiſſa porrectam fuiſſe. Ait enim: *Exhauſta legatis aut fideicommiſſis aut mortis cauſſa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ inſtitutus hæres quadrantem retinere poteſt*. Quumque idem Paullus *l.* 18. *ff. hoc t.* referat, jam ſub D. Pio hanc legem prolatam eſſe ad fideicommiſſa ab inteſtato: veroſimillimum ſane eſt clam ante eandem valuiſſe in fideicommiſſis teſtamento relictis. An autem jam ante SC. Pegaſianum: non magis liquet, quam illam interpretationem hoc SCto fuiſſe invectam. Hein.

Sive unus ſive plures) Intereſt vero, utrum legata ſimpliciter ab omnibus hæredibus relicta ſint, an ex pluribus hæredibus ex certis partibus inſtitutis aliqui nominatim gravati; illo enim caſu ſufficit, ut ſolida legata præſtentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc caſu non item; quia ſuæ quiſque partis, ex qua inſtitutus eſt, quadrantem habere debet. De quo §. *ſeq.*

Pars quarta remaneat) Nec ſolum hæres, ſi poſſidet quartam partem retinere poteſt, aut errore facti non retentam repetere, *l.* 1. §. *ſi legatarius.* 11. *hoc tit. l.* 9. *C. eod.* ſed etiam ſi non poſſidet, portionem ſuam a quovis poſſeſſore vindicare *l. lineam.* 26. *eod.* Putat D. Cujacius, a Juſtiniano id primum conſtitutum eſſe, *l. pen. C. eod.* verum hoc vel ex eo refellitur, quod placet legata pro rata portione ipſo jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate.* 73. §. *ult. eod.* vid. Ant. Fab. *lib.* IV. *conject.* 1. & *lib.* VI. *c.* I.

Textus.

De pluribus hæredibus.

1. *Et cum quæſitum eſſet, duobus hæredibus inſtitutis, (veluti Titio & Sejo) ſi Titii pars aut tota exhauſta ſit legatis, quæ nominatim ab eo data ſunt, aut ſupra modum onerata: a Sejo vero aut nulla relicta ſint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem diminuant: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet. Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta ſunt, retinere liceat, ut quartam partem ſuæ partis ſalvam habeat: placuit poſſe retinere. Etenim in ſingulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda eſt.*

Notæ.

1. *Exhauſta, aut ſupra modum onerata*) Per legem Falcidiam delibari hæreditas poteſt, onerari aut exhauriri non poteſt. Cujac.

Placuit poſſe retinere) Ratio dubitandi, quod videri poteſt legi ſatisfactum, cum quarta pars apud alterum maneat illibata.

In ſingulis hæredibus) Ratio decidendi ex *l.* 77. *eod.* Nam cum lex omnibus & ſingulis hæredibus conſultum velit, apparet legi non ſatisfieri, niſi ſingulis quoque hæredibus ſuæ cujuſque partis quarta pars intacta ſervetur.

Commentarius.

1. *Cur dubitatum, an in ſpecie hic propoſita Falcidiæ locus eſſet? & cur eſſe placuerit?*
2. *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur?*

Lege Falcidia poteſtas facta eſt patrifam. tantam pecuniam teſtamento dandi, legandi, quantam volet; dum ita detur, legetur, ut ne minus, quam quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede inſtituto res expedita eſt: nam ſi iis ſolutis legatis quartam totius hæreditatis integram habet, legi ſatisfactum eſt; eaque portione contentus eſſe debet, ſive ſemel ex toto aſſe inſtitutus ſit, ſive ex pluribus partibus, ex una pure, ex altera ſub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata. *l.* 1. §. *id quod* 13. *l. in ratione.* 11. §. *pen. hoc tit.* Cujus rei ratio peti poteſt ex *l. cum heres* 52. §. 1. *de acq. her.* Manifeſta quoque eſt legis ſententia, ubi plures quidem hæredes, ſed ſine partibus omnes inſtituti ſunt, aut legata ſimpliciter ab omnibus relicta. Sed quæſitum eſt, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus inſtitutis, ſi unius duntaxat portio nominatim onerata ſit aut exhauſta, an legi ſatisfactum videri debeat, ſi apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta? Placuit autem ſatisfactum non videri, idque hac ratione, quod lex non de uno aliquo hærede caveat, ſed ex æquo omnibus conſultum velit. *l. in ſingulis.* 77. *eod.* & *hoc text. in fin.*

Duobus hæredibus inſtitutis) Teſtator cum non amplius quam centum in bonis haberet, duos hæredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex ſemiſſe hæredes inſtituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: a Sejo vero nihil, aut minus viginti quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo ſemis integer maneat. Quæritur, an mortuo teſtatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta ſunt legatariis ſolvere teneatur, an nihilominus quartam partem ſuæ partis poſſit retinere? Videri poterat legi Falcidiæ ſatisfactum eſſe, cum quarta pars apud alterum maneat illibata; utique ſatis eſſe ad intentionem legis, hoc eſt, ad ſuſtinendum teſtamentum, ſi vel unus ſuo quadrante contentus hæreditatem adierit. Placuit tamen in propoſito Titium quartam partem ejus partis, ex qua inſtitutus eſt, retinere poſſe. Quippe legem non ſimpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis ſalva maneat, ſed nominatim ut hæredes quartam partem teſtamento capiant. Quibus verbis cum non uni alicui hæredi tantum, ſed omnibus & ſingulis conſultum velle intelligatur, apparet, legi non ſatisfieri, niſi ſingulis quoque hæredibus ſuæ cujuſque partis quarta pars intacta ſervetur. Et hoc eſt, quod dicitur, in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponenda eſſe. *l. in ſingulis.* 77. *hoc tit.* 1

In ſingulis hæredibus ratio legis ponenda) Hoc tamen ita eſt, ſi omnes, qui inſtituti ſunt, hæredes extiterint: nam ſi quidam defecerint, in portionibus defectis non ſemper ſeparatim ratio legis Falcidiæ habetur; ſed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc diſtinctio probata eſt; ut ſi verbi cauſa ex duobus hæredibus 2

bus inſtitutis alter deficiat, a quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel ſubſtitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata eſt, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præſtentur, quæ non præſtarentur, ſi is, qui defecit, hæres extitiſſet. Quod ſi pars, quæ acceſſit, exhauſta ſit, aut onerata; ejus vero, cui acceſſit, integra aut tantum delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac ſi ad eum, qui ſuam portionem omiſit, perveniſſet. Extat hæc diſtinctio in *l. quod ſi alterutro.*78. *hoc tit.* eademque a contrario ſenſu colligi poteſt ex *l.*4.*C.ad Sen.Treb.in fin.* quanquam variaſſe Juriſconſultos, apparet ex *l.*1.§.*ſi cohæredis.*14.*hoc tit.*de cujus §. lectione vide Cujac. IV. *obſ.*35. Et hanc rationem habere videtur, quod is cujus portio onerata eſt, uti ex ſua perſona legata præſtat, ita & ex ſua perſona tantum Falcidia utitur: qui vero ſuam portionem integram habet, legata præſtat ex perſona deficientis: cujus proinde jure eum uti æquum ſit, *arg.l.*10.*l.qui in jus.*177.*de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obſcure in *l. qui fundum.*87.§.*qui filium.*4.*l.*1.§.*id quod.*13. *hoc tit.* Ceterum in parte onerata, quæ defecta eſt, ſententia ſuperior ſic accipienda ac temperanda; ſi cohæres deficiens teſtatori ſupervixerit, ut dici poſſit moriente teſtatore fuiſſe inſtitutus. Nam ſi vivo teſtatore deceſſerit, quia iſto modo fit, ut alter ſolus tempore mortis teſtatoris reperiatur inſtitutus, ex ſua parte pure, ex defecta, quaſi ſub conditione, quæ jam extitit, ſolida legata præſtanda erunt, ſatiſque tunc eſt, ut legi ſatisfiat, hunc alterum totius aſſis quadrantem conſequi, auctore Juliano in *d.l.qui fundum.*87.§.4. Nam ut legata in ea ſpecie repetita eſſe dicamus cum Cujacio 4.*obſ.*35. ratio decidendi, qua Juriſconſultus utitur, non ſinit; qui etiam diſerte ſententiam ſuam ſic reſtringit, ut dicat, eam tunc procedere, cum cohæres vivo teſtatore deceſſit. Quod etiam Paulus non obſcure ſignificat in *d.l.*1.§.*id quod.*13. ſic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, ſi is omiſerit hæreditatem, add. Don. VIII. *comm.* 23. Cujacius IV. *obſ.*36. & XV. *obſ.*14. & XXV. *obſ.*23. Ant. Faber. IV. *conj.*13. & XVIII. *conj.*14. & *ſeqq.* mire variant, nec ſibi conſtant. Eſt vero univerſæ ſuperiori diſtinctioni locus in legatis uno eodemque teſtamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, ſecundis a ſubſtituto reliquit, non pertinet: ſiquidem vetus eſt juris regula: *In tabulis patris & filii unam Falcidiam ſervari*, *l. in ratione.* 11. §. *quod vulgo.* 5. & *pen. l. in duplicibus.* 79. *d.l. qui fundum.* 87. §. *ult. hoc tit.* quaſi legata ſecundis tabulis relicta primis ſub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore ſpectatur quantitas patrimonii? ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur?

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore ſpectatur. Itaque verbi gratia ſi is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hæreditatem per ſervos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum acceſſerit hæreditati, ut centum aureis lagatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus ſit: ſed neceſſe eſt, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverſo ſi ſeptuaginta quinque legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona, (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte ſervorum,) ut non amplius quam ſeptuaginta quinque aureorum ſubſtantia, vel etiam minus relinquatur, ſolida legata debentur. Nec ea res damnoſa eſt hæredi, cui liberum eſt non adire hæreditatem: qua res efficit, ut ſit neceſſe legatariis, ne deſtituto teſtamento nihil conſequatur, cum hærede in portione paciſci.*

NOTÆ.

2. *Solida legata debentur*) Nempe ſi damnum circa rem aliam, quam quæ legata eſt, inciderit. Nam damnum circa rem ipſam ſeu ſpeciem legatam contingens legatarium ſequitur, hæreſque interitu rei legatæ liberatur, §. 16. *ſup. de legat.* ex jure ſc. communi omnium debitorum certæ rei. *l.*23. *de verb. obl.* add. *l.* 30. *hoc tit.*

Cui liberum eſt non adire hæreditatem) Neque enim legatarii aut fideicommiſſarii particulares hæredem cogere poſſunt, ut hæreditatem adeat, quod ſolis permiſſum fideicommiſſariis univerſalibus, propterea, quod in hos etiam onera ex SC. transferuntur, *l.*14. §. 5. & *ſeqq. ad SC.Treb.*

Ne nihil conſequatur) *d.l.* 73. *in fin. pr. h. t.* Nam deſtituto teſtamento, id eſt, hæreditate ex teſtamento non adita, legata extinguuntur. *l.*14.*C.de fideic.*

COMMENTARIUS.

1. *Exceptio regulæ hic propoſitæ.*
2. *Ejuſdem regulæ declaratio.*
3. *Hæredem a legatariis cogi non poſſe, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ viſum eſt mortis tempus ſpectari, exinde neque acceſſione legata augeri, neque deceſſione minui; ſed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem ſequi. *l. in quantitate.* 73. *l. quod bonis.* 15. §. 3. *in fin. l. cum quo.* 56. *pr. hoc tit.* Cujus rei ratio eſt, primum, quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea proprie ſunt, quæ tempore mortis cujuſque inveniuntur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis teſtatoris cedit, hoc eſt, legata ex

eo

eo tempore deberi incipiunt. *l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Adde quod per legem Falcidiam legata ipſo jure minuuntur, *d. l. in quantitate.* 73. §. *ult.*

Nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hæreditatem, &c.) Poſtquam placuit, a morte teſtatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, acceſſio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodeſſe non debet, *d. l. in quantitate.* 73. *l. in ratione*
1 30. *hoc tit.* Excipiendum tamen hic eſt, ſi quid acceſſerit ratione facti præcedentis aut obligationis a defuncto contractæ; veluti ſi debitoris, qui ſolvendo non erat, facultates poſt mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam iſtis modis placet, ex poſtfacto uberiorem videri fuiſſe hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo* 56. §. 1. *eod.* eandemque rationem habet, quod reſponſum eſt, ſi pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, a creditore filii hæres inſtitutus ſit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem, non quod mortis, ſed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari: *d. l. cum quo* 56. §. 2. *l. ſi creditor.* 83. *eod.* quamvis peculio poſt mortem creditoris deminuto, juxta regulam ſpectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat: quaſi nihil interſit, peculium poſt mortem creditoris deminutum ſit, an debitor pauperior factus. *d. l. cum quo.* 56. *in*
2 *pr. l. eo tempore.* 50. §. 1. *de pecul.* Quamobrem, quod vulgo dici ſolet, *eandem rationem eſſe damni & commodi,* id intelligamus locum habere in iis, quæ primum emergunt & accedunt poſt mortem, veluti ſi quid acceſſerit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per ſervos hæreditarios quæſitum: *hoc text. & d. l. in qualitate.* 73. *d. l. in ratione.* 30. *hoc tit.* non in iis, quibus cauſam dedit præcedens factum teſtatoris. Quinimo hæc, ſi ſubtilius res examinetur, non poſt mortem demum accedunt: ſed omnino ad tempus mortis ſunt referenda: quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodum & ſervi, qui apud hoſtes ſunt, poſt mortem teſtatoris reverſi, quod ad Falcidiam pertinet; locupletiorem faciunt hæreditatem. *l. ſervi.* 43. *eod.* ita ferme & Bachov. *hic.*

In tantum decreverint) *d. l. in ratione.* 30. *d. l. in quantitate.* 73. Sunt vero hæc ſic accipienda, ſi damna circa res alias, quam quæ legatæ ſunt, inciderint: nam ſi res ipſa legata perierit ſine culpa hæredis, id non hæredi, ſed legatariis nocet, ſecundum tenorem perpetui juris, quo traditum eſt, omnes debitores, qui ſpeciem aliquam, ideſt, rem certam debent, liberari, ſi ea res ante moram ſine facto eorum perierit. *l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis eſſe res hæreditarias, cum res incerta legata eſt, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim etſi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen nunquam poteſt, rem, quæ legata eſt, periiſſe. *l.* 11. *C. ſi cert. pet.* eleganter Mæcian. in *d. l. in ratione.* 30. §. 2. *& aliquot. ſeqq.* vid. ſup. §. *ſi res.* 16. *de legat.*

Cum hærede in portione paciſci) In fideicommiſſariis hæreditatibus proviſum eſt Senatuſconſulto Pegaſiano, ut ſi ſcriptus hæres nolit adire hæreditatem, juſſu prætoris adeat, & reſtituat. Hoc vero beneficium neque legatariis, neque his, quibus ſingulæ res per fideicommiſſum relictæ ſunt, tributum eſt, *l. ſi quis* 17. *ſi quis om. ca. teſt. l. nam quod.* 14. §. *non omnis.* 5. *&* 2. *ſeqq. ad SC. Treb.* quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit; nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommiſſi hæreditatis ſervandi cauſa hæres adire cogatur, poſtquam Senatuſconſulto Trebelliano cautum eſt, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt, *l.* 4. *eod. tit.* legati vero aut fideicommiſſi particularis cauſa hæredem compelli adire hæreditatem, æquum non eſſe; propterea quod in hos onera hæreditaria transferri non poſſunt, neque admittendum eſt, ut quis alieni duntaxat emolumenti cauſa ſe æri alieno & litibus, vexationibus, aliiſque moleſtiis implicare cogatur. Proinde hoc ſolum relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciſcantur: quod illi facile facturi ſunt, & potius aliquid remiſſuri, quam ut patiantur teſtamentum deſtitui; totumque, quod legatum eſt, ſibi perire *d. l. in quantitate.* 73. *in ſin. pr.*

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. *Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impenſa, & pretia ſervorum manumiſſorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes inter legatarios diſtribuantur, pro rata ſcilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque, ſi fingamus, quadringentos aureos legatos eſſe, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum eſſe, quarta pars ſingulis legatariis debet detrahi. Quod ſi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod ſi quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum eſt, quod extra bonorum quantitatem eſt, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

NOTÆ.

3. *Deducitur æs alienum*) *l.* 6. *C. eod.* id eſt, omne, cujus præſtandi neceſſitate defunctus obſtrictus fuit, *l.* 54. *D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, niſi quæ deducto ære alieno ſuperſunt. *l.* 39. §. 1. *de verb. ſign.*

Si fingamus quadringentos) *l.* 73. §. *ult. h. t.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata ſuæ cujuſque quantitatis revocantur. *l.* 2. *l.* 6. §. 2. *C. eod.* Nota, Falcidiæ locum non eſſe in teſtamento militis, *l.* 7. *C. eod.*

C. eod. ex novo jure nec in legato in pios uſus relicto, *Nov.* 131. *c.* 12. *auth. ſimiliter. C. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur, *auth. ſed & ea. C. eod.* nec cum hæres inventarium facere neglexit, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. del.* Nec cum teſtator expreſſe prohibuit hæredem beneficio legis uti, *Nov.* 1. *c.* 2. *auth. ſed cum teſtator. C. h. t.*

Commentarius.

1. In bonis defuncti quæ numerentur, cum de lege Falcidia quæſtio eſt.
2. An hæres, quod ſibi a defuncto debetur, deducat, & quid ſi rogatus, ne id legatariis imputet.
3. Quibus caſibus lex Falcidia ceſſet.

1 Antequam ſumma conſtituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda ſit, neceſſe eſt exquiratur, quid in patrimonio defuncti ſit habendum? ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujuſque dici ſcimus, cujuſque facultates aut ſubſtantiam, ſive quod quiſque in bonis habet. *l. num quod* 14. §. *ult. l. cogi.* 16. *ad Senatuſconſultum Treb.* Bona cujuſque intelliguntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt. *l. ſubſignatum.* 39. §. 1. *de verb. ſign.* Nimirum ergo in bonis ſeu patrimonio defuncti ſciamus non numerari omnia, quæ, cum moreretur, habuit, ſed id ſolum, quod hæreditariis oneribus deductis ſupereſt. Cujuſmodi onera ſunt, æs alienum hæreditarium, funeris impenſæ, & pretia ſervorum manumiſſorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cetera, quæ appellatione bonorum continentur in patrimonii quantitate eſſe intelliguntur, ſi modo ejus naturæ ſint, ut & ad hæredes certo manſuræ tranſeant, (nam contra eſt, ſi vel non tranſeant, ut actio injuriarum, uſusfructus: *l.* 38. *hoc tit.* vel ita tranſeant, ut non ſint manſuræ. Exempl. *in l.* 11. §. 1. *& 2. l. ſtatuliber.* 38. *eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere potuerit. Non enim computatur nomen inane, quod tantum ex eventu hæreditatem auget, *l. Neſennius.* 22. §. *pen. l. cum quo.* 56. §. 1. *eod.* neque debitum naturale nondum ſolutum, *l.* 1. §. *id quod.* 17. *eod.*

Æs alienum) Primum in hanc deductionem venit æs alienum, ideſt, id omne, cujus præſtandi neceſſitate defunctus obſtrictus fuit, *l. pater.* 54. *hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, ſi quid eſt, cujus præſtandi cauſa mortuo teſtatore ante aditam hæreditatem nata eſt, tanquam contractum ab hæreditate.

2 *l. aris.* 39. *eod.* Illud quæſitum circa hanc deductionem, an etiam hæres, quod ſibi a defuncto debetur, detrahere poſſit. Subtilitas rationis facere videtur, ne poſſit: quippe cum aditione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, debere deſinat. *l. ſicut.* 75. *l. Stichum.* 95. §. 2. *de ſolut.* Sed nihilominus placuit, deduci poſſe, *l.* 6. *C. hoc tit.* idque ob hanc procul dubio cauſam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cum de æſtimatione patrimonii agitur, mortis tempus ſpectatur, quo tempore nondum eſt ulla actionum confuſio. Hodie hoc amplius a Juſtiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, ſed ut ſimilem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* Quid ſi hæres rogatus ſit, ne creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ voluntas defuncti ſervabitur, *l. ſi debitor.* 12. *hoc tit.* ſic ut debito ſini quadrantis compenſato, ſuperfluum æris alieni tantum dodranti detrahatur. *l. quod bonis.* 15. §. *cum fideicommiſſum.* 4. *eod.* Exemplum eſto. Quadringenta ſunt in bonis: hæredi debita ducenta: legata trecenta. Hæres compenſabit cum quadrante centum: reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc ſupervacuo quæritur: quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari poteſt. *Nov.* 1. *cap.* 2.

Impenſa funeris) Ea eſt, quæ fit cauſa funeris, hoc eſt, ut funus ducatur, mortuus afferatur & ſepeliatur, & ſine qua neque funus duci neque mortuus ſepeliri honeſte potuiſſet. Quare etiam id, quod erogatum eſt in locum, in quem mortuus infertur, funeris cauſa impenſum videri debet. *l. & ſi quis.* 14. §. *funeris.* 3. *de rel. & ſumpt. fun. l.* 1. *in fin. cum l. ſeq. hoc tit.* Hæc autem impenſa ſemper ex hæreditate deducitur; quæ etiam omne creditum ſolet præcedere, cum bona ſolvendo non ſunt. *l. pen. de relig. & ſumpt. fun.*

Pretia ſervorum manumiſſorum) Nec tantum eorum qui teſtatoris proprii fuerunt, verum etiam quos hæres cum alieni eſſent, redimere & manumittere rogatus eſt, *l. ejus.* 37. §. 1. *eod.* Aliarum quoque impenſarum, quæ modo hæreditatis ſuſcipiendæ cauſa factæ ſint, deductionem permiſit Juſtinianus, *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* Quæ ſequuntur, interpretem non deſiderant. Illud ſciendum eſt, beneficium legis Falcidiæ non eſſe perpetuum. Et jam olim etiam ceſſabat in teſtamento militis, *l.* 7. *C. hoc tit. l.* 12. *C. de teſt. mil.* item in dote mulieri relegata; propterea quod ſuam rem mulier recipere videtur, *l. ſed uſufructus.* 81. §. 1. *hoc tit.* in commodo tamen repræſentationis legi potuiſſe locum non dubito. *arg. l.* 2. *in pr. de dot. præl. l.* 1. §. *ſi quis.* 10. *hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur. *l. ſi ſervus.* 33. *eod. l.* 8. §. *quarta.* 9. *de inoff. teſt.* Hodie ceſſare creditur in legato in pios uſus relicto, *per auth. ſimiliter. C. hoc tit.* quamquam *in Nov.* 131. *c.* 11. unde *d. auth.* ſumpta eſt, hoc non dicatur abſolute: & contra ſæpe judicatum, Sand. *lib.* IV. *tit.* 7. *defin.* 10. Chriſtin. *vol.* I. *deciſ.* 320. *in fin.* Fachin. V. *cont.* 17. ſi teſtator rem legatam vetuerit alienari, *Nov.* 119. *cap.* 11. *unde auth. ſed & ea. hoc tit.* & in univerſum ſi prohibuerit expreſſe hæredem Falcidia uti. *Nov.* 1. *c.* 2. *auth. ſed cum teſtator. C. hoc tit.* item ſi hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ viſus eſt, qui id egerat, ut fideicommiſſum intercideret: & qui non capienti rogatus erat reſtituere, per Senatuſconſultum Plancianum quartam retinere non poterat. *l. beneficio.* 59. *pr. &* §. 1. *hoc tit.* Poſtremo qui ſciens aut errore juris totum legatum ſolvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l.* 9. *C. hoc tit.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos ſervatur, alienum a jure Romano. Vid. Grot. II. *manuduct.* 23. Gudelin. *lib.* II. *cap.* 11. VINN. Addi poteſt,

eſt, ceſſare quartam Falcidiam, ſi liberis ſuppleatur portio legitima. *l. 36. C. de inoffic. teſtam.* item ſi legata ſponte ſoluta integra. *Nov. 1. c. 2. l. 9.* §. 3. *ff. de jur. & facti ign.* denique ſi inſtrumenta legata, quamvis eo caſu vix quæſtio quidem naſci poſſit *l. 15. C. h. t.* Hein.

Titulus Vigesimustertius.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS.

Dig. Lib. 36. tit. 1. C. Lib. 6. tit. 42. & 49. Novell. 39. 108.

Ratio ordinis: tum quid ſit fideicommiſſum.

Supra titulo de legatis §. 3. promiſit Imperator, ſe ſeparatim de jure legatorum & fideicommiſſorum tractaturum, ne ſcilicet permiſta utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laborioſam. Expoſito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora ſunt fideicommiſſis, ſupereſt nunc, ut de fideicommiſſis inſtituatur diſputatio; quod alterum eſt partitionis antepoſitæ membrum. *Fideicommiſſum eſt*, auctore Ulp. *in fragm. tit. 25. quod non civilibus verbis, ſed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur ſic recte definiveris: *Fideicommiſſum eſt id omne, de quo quis ſuprema defuncti voluntate rogatus eſt, ut daret vel faceret.*

Textus.

Continuatio.

Nunc tranſeamus ad fideicommiſſa. Sed prius eſt, ut de hæreditatibus fideicommiſſariis videamus.

Notæ.

Fideicommiſſa) Fideicommiſſum eſt, quod non civilibus verbis, ſed precative relinquitur. Ulp. *tit.* 25. Legatum autem relinquitur legis modo, id eſt imperative, *dato, capito, ſumito, damnas eſto dare*. Idem *tit.* 24.

Commentarius.

1. *Fideicommiſſi diviſio: & ſumma eorum, quæ hic explicantur.*
2. *Cur prius de fideicommiſſis hæreditatis, quam ſingularum rerum agatur.*

1 Fideicommiſſum aut univerſale eſt, aut particulare ſeu potius ſingulare. Univerſale, quod hæreditatem vel totam vel partem ejus continet. Particulare, quo non hæreditas, aut pars hæreditatis, ſed res ſingulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris ſingulare, aut ſpeciale. De fideicommiſſis rerum ſingularum agitur proxime: de univerſalibus, ſive de fideicommiſſariis hæreditatibus, hoc præſenti titulo: in quo Juſtinianus oſtenſa prius communi fideicommiſſorum origine & incremento, differit de forma relinquendi fideicommiſſum hæreditatis ab hærede ſcripto, deque reſtitutæ hæreditatis effectu: tum de Senatusconſultis Trebelliano & Pegaſiano, ac mox de Pegaſiani in Trebellianum transfuſione: inde docet, qui reſtituere rogari poſſint. Ad extremum aliquid de ſuo adſpergit, ad probationem fideicommiſſi in genere pertinens.

Prius eſt) Quemadmodum prius egit de hæredibus inſtituendis & deferenda teſtamento hæreditate, quam de legatis teſtamento dandis, acquiſitionem univerſitatis, ut digniorem, præponens acquiſitioni rerum ſingularum: ita etiam hic prius agere 2
voluit de fideicommiſſis univerſalibus, quæ vi & effectu idem ſunt, quod hæreditas: poſtea de fideicommiſſis ſingularibus, quæ reſpondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommiſſorum, de qua illic agitur, ad fideicommiſſariam hæreditatem minime pertinet; quoniam fideicommiſſarius, reſtituta hæreditate, hæredis loco habetur; ſed ad ſpecialia fideicommiſſa duntaxat. Poteſt & hæc ratio dari, quod cum, antequam de legatis differeret, egerit de deferenda directo hæreditate, tum hæredem inſtituendo tum ſubſtituendo, recte quoque nunc atque ordine faciat, quod, antequam diſputet de fideicommiſſis rerum ſingularum, doceat, quomodo hæreditas deferatur indirecto atque oblique, ſive quomodo per fideicommiſſum hæredes ſubſtituantur. Vide quæ notavimus ſub §. *ult. per quas perſ. cuique acquir.* & ad *rub. de vulg. ſubſt.*

Textus.

Origo fideicommiſſorum.

1. *Sciendum itaque eſt, omnia fideicommiſſa primis temporibus infirma fuiſſe: quia nemo invitus cogebatur præſtare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, ſi relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex teſtamento poterant. Et ideo fideicommiſſa appellata ſunt, quia nullo vinculo juris, ſed tantum*

tum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Poſtea divus Auguſtus primus, ſemel iterumque gratia perſonarum motus, vel quia per ipſius ſalutem rogatus quis diceretur, aut ob inſignem quorundam perfidiam, juſſit conſulibus auctoritatem ſuam interponere. Quod quia juſtum videbatur & populare erat, paulatim converſum eſt in aſſiduam juriſdictionem, tantuſque eorum favor factus eſt, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium appellabant.

NOTÆ.

1. *Quibus non poterant hæreditatem*) Quales proſcripti, deportati, &c. exemplum habes apud Cic. *lib.* 1. *in Verrem.* & ex parte, orbi, cælibes. Ulp. *tit.* 22. §. 2. & *tit.* 15. *cum ſeqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempla apud eundem II. *de finib. cap.* 58. VINN. Addi poteſt Quintilian. *Decl.* 324. item Valer. Max. *lib.* IV. *cap.* 2. §. 7.

Sed tantum pudore) Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum ſatis validum implendæ voluntatis defuncti.

Et populare) Theoph. χαριεν τῷ δημῳ. Plin. *Paneg. non quia populare gratumque audientibus.*

In aſſiduam juriſdict.) Ita tamen, ut extra ordinem ipſi magiſtratus de fideicommiſſis cognoſcerent, non more uſitato formulam & judicem darent. Ulp. *tit.* 25. §. 10. *l.* 178. §. 2. *de verb. ſign.*

Prætor proprius) Claudius duos creavit. Suet. in *Claud. c.* 23. ex quibus unum Titus detraxit, *l.* 2. §. 31. *de orig. jur.* Ceterum prætor ad certam ſummam cognoſcebat, de majore conſules jus dicebant. Quinct. *lib.* III. *c.* 6. unde lucem accipit Ulp. *d. loc.* §. 12. VINN. Adde omnino Cujac. *lib.* XXI. *Obſ. cap.* 34.

COMMENTARIUS.

1. *Ante D. Auguſti tempora fideicommiſſa vim obligandi non habuiſſe: notat Mynſingerus.*
2. *Genera incapacium, & in his gratificandis fideicommiſſorum uſus.*
3. *Lege Voconia mulieres hæredes inſtitui non potuiſſe.*
4. *Accurata in hoc legis caput inquiſitio.*
5. *Legem iſtam poſtea in deſuetudinem abiiſſe.*
6. *De fideicommiſſis extra ordinem jus dici ſolutum, & quorum ea juriſdictio? n.* 8.
7. *Quod in* l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. *diſponitur, non pertinere ad fideicommiſſa univerſalia.*

1 PRimis temporibus infirma) Olim ante D. Auguſti tempora fideicommiſſa nullam vim obligandi habebant, ſed eorum præſtatio a fide, religione ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum, quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet a liberalitate & voluntate ejus, qui conceſſit, ſine ulla neceſſitate obligationis: *l.* 1. & 2. *de prec.* ita nec ex precibus teſtatoris quenquam invitum obſtringi debere, exiſtimabant, non magis quam ex commendatione. *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. Nam quod poteſtati & arbitrio alicujus relinquitur, cujuſmodi eſt, quod rogatur, non inducit obligationem. *l. in venditoris.* 13. *C. de contr. emp.* Mynſingerus *primis temporibus* ſic interpretatur, ante legem duodecim tabb. ſuaviſſimo utens argumento, quod utique ſub Numa Pompilio fideicommiſſa viguiſſe veriſimile ſit, utpote ſub quo rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ inſignis eſt αντιςοφησια. Sic enim ille diſſerit, ut videatur exiſtimaſſe, jam ante urbem conditam decemviros legem tuliſſe, aut poſt legem latam regnaſſe Pompilium.

Qui capere ex teſtamento poterant) Duplex olim uſus fideicommiſſorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi ſæpe eveniebat, ut teſtamentum facere non poſſent propter penuriam teſtium civium Romanorum: quæ res etiam uſum codicillorum invexit. *inf. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus; cum ſcilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci reſtitueret. Quod fideicommiſſum tantum dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. *Gloſſ. Baſ. tacitum*, σιγηρον ὁ εςιν εξω της διαθηκης, domeſtica cautione vel chirographo promiſſum, *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indign.* Incapacium autem olim duo 2
fuere genera: unum eorum, qui conditione perſonæ capere non poterant, quo in numero erant proſcripti, deportati, item dedititii & Latini Juniani, omneſque qui cives Romani non erant: alterum eorum, qui cives erant, ſed propria & civili ratione, aut nihil, aut non ſolidum, aut non ex omnium teſtamentis poterant capere; quales ex lege Voconia virgines, mulieres: ex lege Julia de maritandis ordinibus, cælibes, orbi. Quæ diligentius executus ſum in explicatione principii *tit. de hæred. inſt.* Exemplum fideicommiſſi prioris generis incapacibus relicti in proſcripto habemus apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura urbana dicitur: ubi de P. Trebonii teſtamento commemorat, qui cum Aulum fratrem proſcriptum haberet, ſcripſit ut hæredes jurarent, ſe curaturos, ut ex ſua cujuſque parte ne minus dimidia ad fratrem proſcriptum perveniret. Alterius generis apud eundem *lib.* II. *de finib. cap.* 58. ubi refert, P. Sextilium Rufum rogatum a Qu. Fabio Gallo, ut omnis hæreditas ad filiam perveniret, eamque rem Rufum ad amicos detuliſſe. Idem *eod. lib.* memorandum fidei exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui rogatus hæreditatem reſtituere uxori teſtatoris, cum ſciret nemo, eum rogatum eſſe; ultro an mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum expoſuit, hæreditatemque reddidit. Oſtendunt hæc exempla, lege Voconia mulieres hæredes 3
inſtituiſſe non potuiſſe, non uxorem a marito, non filiam a patre. Atque hinc porro hoc quoque certo colligitur, nec ad patris legitimam hæreditatem filias a lege admiſſas fuiſſe, multoque minus conſanguineas ad ſucceſſionem fratrum: ac proinde quod Paulus *lib.* 4. *ſent.* 8. de rogatione Voconia ſcribit, eſſe ἁμαρτημα μνημονικον, quod pluribus confirmamus *inf. tit. de leg. agn. ſucc.* §. 3. Multorum lex Vo-

Vinnius in Inſtitut. Qqq co-

conia ſcriptis celebrata eſt. Meminerunt Cic. *dd. loc.* & in orat. *pro Corn. Balb.* Livius *lib.* XLI. (in epitome Flori mendoſe legitur *Volumnius* pro *Voconius*.) Quinct. *declam.* 264. Dio *lib.* LVI. *p.* 662. Gell. *lib.* XVII. *cap.* 6. & *lib.* XX. *cap.* I. Aſcon. Pedian. *in orat. de prat. urban.* Auguſtin. *lib.* III. *de civ. Dei cap.* 21. Latam eſſe eodem loco ſcribit Auguſtinus inter ſecundum & poſtremum bellum Punicum: quod verum eſſe liquet ex eo, quod apud Ciceronem *lib. de ſenect.* M. Cato gloriatur ſe eam legem ſuaſiſſe, *cum jam natus eſſet annos* LXX. ſic enim legendum arbitror, non ut vulgo legitur, V. & LX. *annos*. Lata enim eſt, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione. Coſſ. quorum conſulatus incidit in annum ab urbe condita 595. qui eſt a conſulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmii. Legis duo fuere capita, forte etiam plura, quæ ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege 12. tabularum conceſſam, exemplo legis Furiæ, coercuit, ut *tit. prac.* demonſtratum eſt; & quod præcipuum eſt, ſanxit, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, auctore Cicerone *d. lib.* 2. *in Verr. cap.* 43. Floro *dict. epitom.* ac ne filiam quidem, teſtibus Aſcon. *d. loc.* & Auguſtino *d. lib.* III. *cap.* 21. Utrum autem ſimpliciter & a tota ſucceſſione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam ſaltem per legem adhuc capere potuerint, incertum eſt. Et filias quidem certe non in totum excluſas fuiſſe, oſtendit locus Ciceronis II. *de finib. cap.* 58. ubi ait, amicos Sextilii, quem rogatum ſcribit hæreditatem reſtituere filiæ teſtatoris, cenſuiſſe, non plus filiæ dandum, quam poſſet ad eam lege Voconia pervenire. Lucium quoque Lentulum temporibus Auguſti, cum adhuc vigeret lex Voconia, filiam ſuam ex parte hæredem ſcripſiſſe, intelligere licet ex *princ. inſ. de codicill.* Dio vero *lib.* 56. *p.* 662. de fœminis in univerſum refert, eas lege Voconia prohibitas *κληρονομειν ὑπὲρ δυο και ἡμισυ μυριαδας ουσίας*, *ſupra* XXV. *millia ſubſtantia*. Ego, ut ut ad filias aliquid lege pervenire potuerit, non puto tamen, quod Dio ſcribit, ipſa lege Voconia cautum fuiſſe, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Aſcon. Floro, Auguſtino protulimus: ſed poſtea legem, ut nimis rigidam, ita mitigatam, ut ſaltem partem aliquam mulieribus capere liceret, idque Dionem ſic accepiſſe, quaſi cautum a Voconio legis auctore, ut alias fieri ſolet. Illud tamen parum adhuc conſtat, quantam partem poſtea mulieribus percipere permiſſum. Quinctilianus *d. declam.* ait, lege *Voconia cautum, ut ne mulieri plus quam ſemiſſem relinquere liceret*: ſed hoc, ut in ſcholaſticis exercitationibus fere fit, a Quinctiliano confictum eſſe exiſtimo cum Cujacio. Ipſe autem Cujacius putat, lege cautum, *ut ne quis cenſus mulierem hæredem faceret, ultra quadrantem*, accommodans eo locum Dionis, quem accipit de XXV. millibus ſeſtertium; quippe quæ fuerit quarta pars bonorum ejus, qui cenſus dicebatur, nempe qui centum millia ſeſtertium poſſidebat, quod Aſconius prodidit in *d. lib.* I. *in Verr.* nam vetus ratio poſtea valde mutata fuit, auctiſque civium opibus ſeſtertii in locum aſſium ſurrogati videntur: ſiquidem initio, ut ex Livio & Dionyſ. Halicarn. conſtat, maximus cenſus erat centum milium æris ſeu aſſium: quam ſummam æquant XXV. mille ſeſtertii: quippe quorum ſinguli quatuor aſſibus poſtea æſtimati ſunt. Bachovius cenſet, locum Dionis rectius accipi de XXV. mille aſſibus, qui cenſus initio quartæ claſſis fuit, & quarta cenſus maximi pars. Interpres Dionis vertit centum millia nummum: ſed ille haud dubie nummum pro aſſe accepit, quamvis perperam: ſeſtertium enim nummum, non aſſem, dicimus. Ut ut ſit, illud conſtat, licet fideicommiſſum aliquod contra legem Voconiam aut ſimilem relictum fuiſſet, ac proinde hæres nulla neceſſitate obſtringeretur ad illud præſtandum; veteres tamen exiſtimaſſe, contra officium boni viri hæredem facere, fidemque violare, qui voluntati teſtatoris non pareret, ut perſpicuum eſt ex eo, quod de Sext. Peduceo commemoravimus ex *lib.* II. *de finib. c.* 58. & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hæreditatem reſtituere filiæ teſtatoris; *Tenuit*, inquit, *Sextilius per magnam hæreditatem, unde ſi ſecutus eſſet eorum ſententiam, qui honeſta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem attigiſſet.* Notatur & a Val. Maximo avaritia Corneliæ, quod fideicommiſſa prædia filio Q. Pompejo publica quæſtione proſtrato non redderet, *lib.* IV. *c.* 2. *in fin.* Ex libris noſtris manifeſtum eſt; legem Voconiam poſtea plane in deſuetudinem abiiſſe, & jam tum ſua ætate obliteratam fuiſſe teſtatur Gellius *lib.* XX. *c.* I. Eo vero jure, quod poſt ſecutum eſt, nec licitum hæredi fuiſſe videtur, hæreditatem incapaci reſtituere: argumento eſt, quod favore fiſci conſtitutum fuit, ut ſi hæres hujusmodi fideicommiſſo tacite fidem ſuam accommodaſſet, hæreditas ei auferretur & vindicaretur fiſco, *l.* I. *l.* 3. *de jur. fiſc.* Ad fiſcum quoque pertinuiſſe fideicommiſſum deportato relictum, conſtat ex *l.* 7. *de legat.* 3. Denique Ulp. *tit.* 25. §. *fideicommiſſa.* 5. cum generaliter definiviſset, fideicommiſsum non aliis dari poſse, quam quibus legari poteſt, ſolos mox excipit Latinos Junianos. Vinn. Multa hic Vinnius: quæ dici potuiſsent accuratius. Nos more noſtro pauca. Fruſtra in Paulli loco *lib.* IV. *Sent. tit.* 8. §. 21. caſtigatur *ἁμαρτημα μνημονικον*. Paullus enim docet, fœminas ultra conſanguineas ſucceſſiones non admitti ad legitimas hæreditates, Addit rationem: *idque jure civili, Voconiana ratione* (non Voconiana rogatione,) *videtur effectum.* Lex Voconia ea de re nihil ſanxerat. At ex ratione hujus legis ſtricte veteres interpretabantur jus mulierum ab inteſtato ſuccedendi. Idque manſit, etiam poſtquam lex Voconia civitatis opulentia fuerat oblitterata. Vid. Doct. Schultingii Annot. ad Paull. *ibid. p.* 412. Deinde quod ad locum Dionis attinet, eum accuratiſſime expoſuit V. C. Iac. Perizonius *diſſ. de lege Vocon. p.* 144. ubi docuit, in textu Dionis intelligi drachmas, ad quas plerumque Græci rationem inibant pecuniæ Romanæ. (Vide Jo. Fr. Gronov. *de pecun. vet.* III, 16.) XXV. ergo millia drachmarum ſunt CM. ſeſtertium. Hein.

Gratia perſonarum motus) Igitur Auguſtus non confirmavit fideicommiſſa certa & perpetua lege, ſed cum unum atque alterum fideicommiſsum confirmaſset ob cauſas, quæ hic memorantur, conſules de-

demum auctoritatem ſuam interponere juſſit, ideſt, conſulibus cognitionem de fideicommiſſis ſingulis annis aut in ſingulis negotiis mandavit, Ait: *gratia perſonarum*. Ipſe Auguſtus relictum a ſe fideicommiſſum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præſtitit. *inf. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri; quibus fideicommiſſum relictum dicebatur, puta perſonæ ſanguine aliave neceſſitudine defuncto conjunctæ, aut ſingulari eruditione aliiſve raris animi dotibus præditæ.

Per ipſius ſalutem) Anitquiſſimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris aſſeverationis etiam ſanctis viris uſurpatum *Geneſ. c.* XLII. 15. *μα την ὑγειαν Φαραω*, per ſalutem Pharaonis.

6 *In aſſiduam Juriſdictionem*) Ut jam non amplius cognitio de fideicommiſſis ſpeciatim in ſingulis negotiis aut quotannis magiſtratibus mandaretur, ſed ut perpetuo vi & poteſtate magiſtratus ſui de fideicommiſſis omnibus jus dicerent, quanquam extra ordinem, ut ſcilicet ipſi magiſtratus cognoſcerent, non more judiciorum uſitato formulam & judicem darent, Ulp. *tit.*25. §. 10. unde fideicommiſſi perſecutio extraordinaria dicitur, *l.* 178. §. 2. *de verb. ſign.* Juſtinianus quidem, ut monuimus *ſup.* §.3. *de legat.* in eo quoque fideicommiſſa exæquavit legatis, ut iiſdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quaſque ipſe poſtmodum pro legatis omnibus conceſſit, *l.* 1. *C.comm. de legat.* liceret perſequi & fideicommiſſa. *l.* 2. *C. eod.*

7 Verum hoc ad fideicommiſſa rerum ſingularum duntaxat, ſicut & univerſa exæquatio pertinet; erratque perſpicue Mynſiugerus, dum id transfert ad fideicommiſſa hæreditatis.

8 *Prætor proprius crearetur*) Pomp. *l.* 2. §. *capta.* 32. *de orig. jur.* tradit, Claudium duos prætores creaſſe, qui de fideicommiſſis jus dicerent, ex quibus unum D. Titus detraxerit. Sueton. in *Claud. c.* 23. *Juriſdictionem*, inquit, *de fideicommiſſis quotannis, & tantum in urbe magiſtratibus delegari ſolitam in perpetuum, atque etiam per provincias poteſtatibus demandavit*. Quod etiam Ulp. *d. loc.* confirmat, ſcribens, cognitionem de fideicommiſſis in provinciis fuiſſe præſidum provinciarum: item *l.* 5. *C. de reb. cred.* Prætoris fideicommiſſarii mentio fit in *l. quæſitum* 78. §. *pen. de legat.* 3. *l. pen. in fin. quib. ad lib. proclam. l. ſi cui.* 92. *in pr. de cond. & dem. l.* 2. *C. qui pot. in pign.* Neque tamen ſolius prætoris in urbe juriſdictio de fideicommiſſis propria tunc eſſe cœpit, ſed ita partita eſt, ut prætor ad certam ſummam cognoſceret, de majore conſules jus dicerent. Fab. *lib.* III. *c.* 6. *Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommiſſum, ſed apud conſules: major enim prætoria cognitione ſumma eſt*. Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit.*25. ſcribit, cognitionem de fideicommiſſis Romæ eſſe conſulum, aut prætoris, qui fideicommiſſarius vocatur. Vinn. Immo ipſos Imperatores extra ordinem aliquando de fideicommiſſis cognoviſſe comperio. Exemplum eſt in *L.* 26. *ff. de prob.* Hein.

TEXTUS.

De fideicommiſſo hæredis ſcripti.

2. *In primis igitur ſciendum eſt, opus eſſe, ut aliquis recto jure teſtamento hæres inſtituatur, ejuſque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii reſtituat: alioqui inutile eſt teſtamentum, in quo nemo hæres inſtituitur. Cum igitur aliquis ſcripſerit:* Lucius Titius hæres eſto, *poteſt adjicere,* Rogo te, Luci Titi, ut, cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, reſtituas. *Poteſt autem quiſque & de parte reſtituenda hæredem rogare: & liberum eſt, vel pure, vel ſub conditione relinquere fideicommiſſum, vel ex certo die.*

NOTÆ.

2. *Recto jure teſtamento*) Scil. cum quis teſtamento fideicommiſſum vult relinquere: nam ſine inſtitutione hæredis teſtamentum conſiſtere non poteſt. §. 34. *ſup. de legat.* Ceterum poteſt & ab inteſtato fideicommiſſum codicillis relinqui, §. 10. *inf. eod. Recto jur.* ideſt, directo jure, Schol. Theoph. ὀρθῶς, ἐξ εὐθείας: ſic *rectum judicium* pro directo, *l.* 18. §. *ult. commod. recta vindicatio* pro directa *l.* 9. §. 2. *de acq. rer. dom.*

COMMENTARIUS.

1. *Quis cui a quo fideicommiſſum hæreditatis recte relinquat?*
2. *Ex certo die aut in diem cur fideicommiſſum recte detur, hæreditas non item?*

Obliqua acquirendæ hæreditatis ratio iiſdem illis rebus conſtat, quibus directam conſtare diximus *ſup.* §. *ult. per quas perſ.* videlicet delatione fideicommiſſi, & delati ſuſceptione. Deferre 1 ſeu relinquere fideicommiſſum hæreditatis poſſunt, qui & teſtamentum facere. *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *in pr. & ſeqq.* §§. *de legat.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jur. codicill.* Relinqui iis poteſt, qui qualemqualem teſtamenti factionem habent, ideſt, vel paſſivam; ut loquuntur, *arg.* §. *legari.* 24. *ſup. de legat. l.* 1. *de legat.* 1. Neque ulla nunc eſt hac in parte differentia inter hæredum inſtitutiones aut legata & fideicommiſſa, ſive univerſalia ſive ſpecialia. Ab iis relinqui poteſt, ad quos hæreditas noſtra perventura eſt, ſive directo ſive oblique, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato, ſive jure civili ſive jure honorario. §. *præterea.* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil intereſt, utrum teſtamento relinquatur, an codicillis: at teſtamento a ſolo hærede inſtituto relinqui poteſt, codicillis etiam a legitimo. Suſceptio utriuſque factum & voluntatem deſiderat, & hæredis fideicommiſſum reſtituentis, & fideicommiſſarii reſtitutum accipientis; de qui-

qui-

quibus omnibus, aut maxima eorum parte amplius in progreſſu.

Recto jure teſtamento hæres inſtituatur) Cum quis teſtamento fideicommiſſum vult relinquere, neceſſe omnino eſt, quod hic traditur ut teſtator directo aliquem teſtamento hæredem inſtituat, eumque roget, ut hæreditatem alii reſtituat: quippe cum ſine inſtitutione hæredis teſtamentum conſiſtere non poſſit. §. *ante*. 34. *ſup. de legat.* Utrum autem hæres inſtitutus eodem teſtamento rogetur, an codicillis, nihil refert. §. 1. & 2. *inf. de codic. l.* 8. *eod.*

2 *Vel ex certo die*) Fideicommiſſo hæreditatis hoc cum legatis & fideicommiſſis rerum ſingularum commune eſt, ut non tantum pure, aut ſub conditione, quomodo etiam directo poteſt hæres inſtitui, verum etiam ex certo die aut in diem relinqui poſſit, ſicut legata & ſingulæ res per fideicommiſſum, *l.* 1. & *paſſ. tit. de cond. & dem.* quamvis directo hæreditas ita dari non poſſit. Nimirum dies hæredis inſtitutioni adjectum pro ſupervacuo haberi placet, ne teſtator poſt tempus aut medio tempore, atque ita pro parte inteſtatus decedat, quod juris civilis ſubtilitas non patitur, §. *hæres.* 9 *ſup. de hær. inſt. l.* 7. *de reg. jur.* At in reſtitutione hæreditatis hoc jus non oſtenditur, cum is, qui reſtituit, nihilominus hæres maneat, §. *ſeq.*

TEXTUS.

Effectus reſtitutionis hæreditatis.

3. *Reſtituta autem hæreditate, is quidem qui reſtituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

COMMENTARIUS.

Regula eſt juris antiqui, *Qui ſemel hæres extitit, non poteſt deſinere hæres eſſe, l. ei qui* 88. *in fin. de hær. inſt. l.* 7. §. *ſed quod.* 10. *in fin. de minor.* quæ regula ex eo ſumpta eſt, quod placet obligationem & actionem a perſona ejus, cui aut adverſus quem ſemel quæſita eſt, avelli non poſſe: de quo diligentius, Deo volente, præcipiemus *inf. ſub* §. 1. *de actionib.* Hoc igitur jure conſtituto conſequens eſt, nec eum, qui rogatu defuncti hæreditatem alii reſtituit, hæredem eſſe deſinere, ac proinde ipſum nihilominus tanquam hæredem & experiri actionibus hæreditariis & conveniri poſſe. Ceterum Trebelliano Senatuſconſulto effectum eſt, ut reſtituta hæreditate, is qui reſtituit, nudum tantum nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione reſtitutæ hæreditatis repelli, & conventus alios repellere poſſit. *l.* 1. §. 4. *ad SC. Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco) Loco hæredis habebatur, ſi reſtituta eſſet hæreditas ex Senatuſconſulto Trebelliano; loco legatarii, ſi ex Pegaſiano reſtituto fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus oſtendit *tit.* 25. §. 12. Nam quod Giphanius ſcribit, fideicommiſſarium legatarii loco habitum, ſi pars tantum hæreditatis ex reſtituta eſſet, falſum eſſe apparet ex §. *ergo.* 6. *inf. eod.*

TEXTUS.

De Senatuſconſulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coſſ. Senatuſconſultum factum eſt, quo cautum eſt, ut ſi hæreditas ex fideicommiſſi cauſa reſtituta ſit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas. Poſt quod ſenatuſconſultum prætor utiles actiones ei & in eum, qui recepit hæreditatem, quaſi hæredi & in hæredem dare cœpit.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in Catalogo conſulum non recenſeantur Trebellius & Seneca?*
2. *Quæ incommoda huic Senatuſconſulto cauſam dederint?*
3. *Cur cum Senatuſconſulta ſint pars juris civilis, ſenatus eum, cui reſtituta eſt hæreditas, hæredem non fecerit, sive & in eum non dederit actiones directas.*
4. *Quid juris, ſi debitor hæredi, aut hæres creditori ſolverit poſt factam reſtitutionem?*

Trebellio Maximo & Annæo Seneca Conſulibus) Hoc idem teſtatur & Ulpian. *l.* 1. *ad Treb.* Ceterum hi conſules non reperiuntur in Faſtis, 1 ſeu indice conſulum, quare credendum eſt, eos non fuiſſe ordinarios, ſive initio anni creatos, ſed ſuffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio. *lib.* 43. & 48. refert, anni conſulum ab his duobus, qui primis duobus menſibus creati eſſent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur menſibus, in ſenatuſconſultis & auctoritatibus ſcribebantur; quod confirmat hic locus; cui ſimilis eſt in §. *ſeq.* nam neque Pegaſi & Puſionis faſti meminerunt: & in *l. cum vero.* 26. §. *ſubventum* 7. *de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconſulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Giſpone Coſſ. qui & ipſi in catalogo conſulum non recenſentur, ut ſuffectos eos fuiſſe oporteat. Igitur, cum multi conſules Romæ ſub Impp. fierent per ſuffectionem, nemo ex ſuffectis in faſtos referebatur, ſed ſoli duo, qui anni initio magiſtratum auſpicati eſſent. Quamobrem excuſandus eſt Auſonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat, Senecam conſulem fuiſſe. VINN. Immo vix excuſandus, quia ſuffectus Cos. etiam conſul eſt. Conſulatus Senecæ & Trebellii incidit in ultimos menſes anni ab U. C. IↃCCCXIV. Quærit Marcilius *ad* §. 6. *Inſt. h. t.* cur SC. hoc dicatur Trebellianum, ac non potius Annæanum, quum tamen L. Annæus Seneca fuerit Cos. major. Reſpondet, videri hoc SC. omnino initio nomen Annæani tuliſſe, ſed tranſlatum poſtea ad nomen Trebelliani, quia Senecæ, perduellionis rei memoria damnata fuerit. Sed nec apud Tacitum, cui Marcilius teſtimonium denunciat, hoc re-

reperio, nec ſemper SCtis a majore conſule nomen inditum, ſed ab eo, qui tum ad ſenatum retulerat. Sic SC. anno U. C. 931. Juliano Rufo & Gavio Orphito Coſſ. factum, non a Cos. majore Julianum, ſed ab Orphito Orphitianum dictum eſt. Aliud Nerone & Piſone Coſſ. anno 810. Piſonianum vocatur *l. 8. ff. ad SC. Silan.* Omittimus exempla alia. Hein.

Si hæreditas ex fideicommiſſi cauſa reſtituta ſit) In omni legato & fideicommiſſo ineſt hæc conditio, ſi hæres, a quo relicta ſunt, hæres extiterit; quod in fideicommiſſis ex reſtituendi verbo ſatis intelligitur. Qua de cauſa, ſi hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat, mortuus ſit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut deſtituto teſtamento, fideicommiſſum quoque pereat, uti cetera, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, non adita hæreditate irrita fiunt, *l. 9. de teſt. tut. l. eam quam. 14. C. de fideic. l. 13. §. quid ergo. 3. l. ita tamen. 27. §. quotiens. 6. ad ſen. Tre-*
2 *bell.* Cum autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem reſtituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recuſarent: cumque eſſet æquiſſimum, eos onera ſubire, in quos jus fructuſque transferretur, potius quam cuiquam fidem ſuam eſſe periculoſam, Senatuſconſulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi ſublata eſt, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommiſſo reſtitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur ſupremæ defunctorum voluntates, *l. 1. §. 2. & 3. eod.*

Actiones, quæ jure civili) Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: tranſeunt tamen ex ſenatus ſententia & actiones honorariæ, veluti actio ex conſtituto, ex jurejurando, & ſimiles: imo & cauſam naturalium obligationum tranſire placet, *l. quamvis. 40. l. ſi ejus. 64. in pr. eod.*

Ei & in eum) Quemadmodum ſenatus hæredibus ſubventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommiſſarium, ut poſſet hæres, ſi a creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione reſtitutæ hæreditatis; ita & ſubvenit fideicommiſſariis in eo, quod actiones, quæ hæredi competebant fideicommiſſario dari voluit, cui ſoli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem a creditoribus hæreditariis repelli poteſt, *d. l. 1. §. 4.* Plane non ultra actiones ex Senatuſconſulto tranſeunt, quam pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu teſtatoris reſtituta eſt, *§. 6. inf. eod.*

3 *Prætor utiles actiones*) Licet Senatuſconſulta pars ſint juris civilis, ac proinde per Senatuſconſultum hæres effici poſſit, ut efficitur Senatusconſultis Tertulliano & Orficiano, eum tamen, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, ſenatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem ſtricta juris ratio non patitur, deſinere hæredem eſſe: quæ eadem porro ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommiſſarium tranſire queant, ſed ut ſemel hæredi quæſitæ ſunt, ita perpetuo apud eum maneant, neque a perſona ejus poſſint ſeparari. Cum igitur actiones directæ non poſſint & apud hæredem manere & ſimul pari jure fideicommiſſario aut in fideicommiſſarium dari, prætor ex auctoritate ſenatus utiles ei & in eum, tanquam hæredi & in hæredem, actiones dedit, ut hic ſcriptum eſt: convenit *l. filiusfam. 18. §. ult. ad leg. Falc. & l. pen. in fin. C. hoc tit.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur in utiles, nam nova utilis, quæ ſuccedit, ejuſdem cum vetere poteſtatis eſt, eundemque effectum habet. *l. propen. de neg. geſt.* In ſumma Senatuſconſulto Trebelliano hoc effectum eſt, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, poſt reſtitutionem hæreditatis in perſona hæredis inutiles ſint, atque agens exceptione repelli, conventus alios repellere poſſit. Contra vero in perſona fideicommiſſarii ſint efficaces, ut is ſolus & agat efficaciter & conveniatur. Sed quid ſi debitor poſt reſtitutionem hæreditatis hæredi ſolverit? aut quid ſi hæres poſt reſtitutionem factam ſolverit creditori? Poterit ſolutum per condictionem indebiti repeti: *l. ſi ejus. 64. in pr. eod.* quippe cum poſt re- 4
ſtitutionem inutilis plane atque inefficax per Senatuſconſultum in perſona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantum civilis obligatio remaneat. Enimvero ſi hæres aut debitor ſolverint, cum ſcirent, ſe tutos eſſe exceptione, ceſſabit condictio, *l. ſi non ſortem. 26. §. 3. de cond. ind.* quoniam donare voluiſſe præſumuntur. *l. cujus. 53. de reg. jur.*

TEXTUS.

De Senatuſconſulto Pegaſiano.

5. *Sed quia hæredes ſcripti, quum aut totam hæreditatem, aut pene totam plerumque reſtituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa: poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus, Pegaſo & Puſione Coſſ. Senatus cenſuit, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex ſingulis quoque rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio permiſſa eſt. Poſt quod ſenatuſconſultum ipſe hæres onera hæreditaria ſuſtinebat: ille autem, qui ex fideicommiſſo recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, ideſt, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quæ ſpecies legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ ſolebant ſtipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommiſſo re-*

ce-

cepit hæreditatem & hæredem, ideſt, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune eſſet.

N o t æ.

9. *Partiebatur hæreditatem*) Ideſt, res hæreditarias, neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur.

C o m m e n t a r i u s.

1. *Quæ incommoda Pegaſiano Senatuſconſulto cauſam dederint?*
2. *Hoc Senatuſconſulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis.*
3. *Diſcrimen legis & Senatuſconſulti circa res, quæ imputentur.*
4. *An hoc demum Senatuſconſulto Falcidia producta ad fideicommiſſa ſingularia?*
5. *Trebelliani & Pegaſiani differentia?*
6. *Legatarius partiarius: & ſtipulationes partis & pro parte.*

TAmetſi Senatuſconſulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas, transferrentur, id tamen nondum ſufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum
1 damnum poſt hoc Senatuſconſultum hæredi adeunti & reſtituenti immineret, tamen, ut eſt ingenium humanum, recuſabant adhuc plerumque hæredes ſcripti adire hæreditatem alieni emolumenti cauſa, unde ipſi nullum aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommiſſum hæreditatis ſæpe intercideret. Huic igitur incommodo occurſum eſt Senatuſconſulto Pegaſiano, cautumque ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur.

2 *Perinde, &c. atque ex lege Falcidia*) Quod lex Falcidia in legatis, illud ipſum valet Senatuſconſultum Pegaſianum in reſtituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatuſconſulto vis legis producta eſt ad fideicommiſſa hæreditatis. Juſtinianus *orat. ad Senat.* Pegaſianum factum eſſe ait *προς την του Φαλκιδιυ μιμησιν.* Atque hinc eſt, quod veteres etiam quartam hujus Senatuſconſulti, quam nunc vulgo Trebellianicam vocant, non quartam Pegaſiani, ſed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuo appellarint, ut videre eſt in *l. cohæredi.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 2. §. *ult. de jur. cod. l.* 18. *l. in ratione.* 30. §. *tametſi.* 7. *l.* 47. §. 1. *l. Litia.* 86. *l. acceptis.* 93. *ad leg. Falc. l.* 2. *l.* 3. *l. mulier.* 22. §. 2. *l. ſi patroni.* 55. §. 2. *l. deducta.* 58. §. 3. *hoc tit. ad Senatuſconſ. Treb. l.* 2. *l.* 10. *l.* 11. *C. ad leg. Falc.* Ulpian.
3 *tit.* 25. §. 12. *ſup. quib. mod. teſt. inf.* §. 3. Eſt tamen adhuc aliquod diſcrimen circa res, quas in haſce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantum imputantur, quæ jure hæreditario hæres capit: in quadrantem vero Pegaſianium etiam ea, quæ hæres fiduciarius capit jure legati vel fideicommiſſi, aut implendæ conditionis cauſa, *l. quod autem.* 74. *l. id autem.* 76. *l. in quartam.* 91. *ad leg. Falc.* Quæ differentia inde nata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat, ut proinde apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, ſed hæreditatis manere debeat: non prohibet autem ſenatus ultra dodrantem hæredis fideicommitti; tum etiam, quod Falcidia voluntati teſtatoris ſubſervit, quem veriſimile non ſit legatis patrimonium ſuum exhaurire voluiſſe, ſed potius, opinioni ejus non reſpondere calculum facultatum: at Senatuſconſultum manifeſte teſtatoris voluntati adverſatur, quæ hæc eſt, ut reſtituta hæreditate apud hæredem nihil, præter nudum nomen hæredis, remaneat. Plane nec pars ea prælegati, quæ a cohærede accipitur, hæredi fiduciario in quartam imputatur, *l.* 18. §. *ult. hoc tit. l. Titia.* 86. *d. l. in quartam.* 91. *ad leg. Falc. l. filium* 24. *C. fam. erc.* forte quod veriſimile non ſit, teſtatorem qui portionem cohæredis hactenus imminuit, voluiſſe; ut alteri id in quartam partem ejus partis, quam reſtituere juſſus eſt, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videſis Don. VII. *comm.* 30. & VIII. *c.* 26. Ant. Fab. VI. *conject.* 3. 4. & 5. Cujac. VIII. *obſ.* 4. Fachin. V. *contr.* 13. & 16. qui & alios citat. Bachov. *in Treutl. vol.* II. *diſput.* 13. *theſ.* 3.

Ex ſingulis quoque rebus) Hinc plerique colligunt, 4
ante Senatuſconſultum Pegaſianum non licuiſſe hæredi quartam partem de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis retinere, atque hoc demum Senatuſconſulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommiſſa particularia: quod quamobrem mihi non probetur, & cur hoc jus antiquius Senatuſconſulto exiſtimem, expoſui *ſup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quod utrumque Senatuſconſultum circa idem ſubjectum verſetur. Nam etſi non idem Senatuſconſulto Pegaſiano cautum eſt, quod antea cautum erat Senatuſconſulto Trebelliano, de eodem tamen utroque cautum eſſe conſtat, videlicet de hærede rogato reſtituere hæreditatem non de eo, qui oneratus ſit fideicommiſſis particularibus. Verba Trebelliani referuntur in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Igitur quartæ de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis detractio Pegaſiano Senatuſconſulto accepta ferri non debet, ſed juri antiquiori, & ipſi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obſtant verba hujus textus: quippe quibus hoc ſolum ſignificari exiſtimo cum Bachovio, ut, ſi hæres & hæreditatem partemve hæreditatis reſtituere juſſus eſt, & inſuper ab eo particularia fideicommiſſa relicta ſunt, non tantum quartam deducere poſſit ex fideicommiſſo hæreditatis, ſed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, ſi quæ teſtator ſimul reliquiſſet. *l.* 3. §. 2. *hoc tit. ad Senatuſconſ. Trebell.* Quis ſit hujus diſputationis fructus, intelliges ex iis, quæ *num.* 3. add. Vaſ. *de ſucceſſ. reſol. lib.* II. §. 1. D. Tulden. *com. in tit. ſeq. c.* 4.

Ipſe hæres onera ſuſtinebat) Trebellianum transferebat 5
onera in fideicommiſſarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegaſianum retentionem quartæ partis concedebat: onera vero nulla transferebat, quaſi ſufficere hæredibus deberet, quod quarta pars ipſorum lucro cederet: ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum moleſtias ſubirent, nomina hæredi-

ditaria perſequerentur, ſicut juris erat ex lege antiqua 12. tabb. *l. ea qua. 6. C. fam. erc.* Igitur reſtituta ex Senatuſconſulto Pegaſiano hæreditate, ideſt, quarta ex auctoritate hujus Senatuſconſulti contra voluntatem teſtatoris retenta, ipſe hæres ſolus atque in ſolidum onera hæreditaria ſuſtinebat, ceſſante videlicet Senatuſconſulto Trebelliano; utpote cui locus non erat, niſi ubi ſecundum voluntatem defuncti hæres reſtituiſſet. §. *ſeq.*

6 *Legatarii partiarii loco erat*) Univerſitatem alicui legari poſſe, ideſt, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *ſup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuiſſe ſucceſſorem juris, ullasve actiones hæreditarias ei, inve eum datas, ſed partem bonorum ſibi legatam ſine ullo incommodo obtinuiſſe: id quod verum eſſe, hic locus clare oſtendit: nam ſi actiones in hujuſmodi legatarium tranſiiſſent, quemadmodum ex Senatusconſulto Trebelliano tranſeunt in eum, qui recepit hæreditatem, non magis opus fuiſſet interpoſitione ſtipulationum partis & pro parte, quarum hic fit mentio, inter hæredem, & legatarium partiarium, quam inter hæredem, & eum, cui ex Trebelliano reſtituitur hæreditas.

Partitio vocabatur) Is, cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati ſpecies partitio, Ulpian. *tit.* 24. §. 23. & *tit.* 25. §. 13. Meminit & Cic. 11. *de legib.* Rationem appellationis hanc eſſe ait Juſtinianus, quoniam cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem, ideſt, res hæreditarias ſeu univerſa bona; quomodo & hæreditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ut jam dictum eſt.

Unde quæ ſolebant ſtipulationes, &c.) Inter hæredem & legatarium partiarium ſolebant interponi ſtipulationes de lucro & damno communicando, quæ proprie dicebantur partis & pro parte, *§. ſeq.* quippe hæres, ſive quid deberet hæreditas, ſolvebat, ſive quid deberetur, idem exigebat: ſed antequam hæreditatem adiret, ſtipulabatur a legatario partiario, *Si quid a me ſolutum ſit, ejus te partem redditurum ſpondes?* & viciſſim alter ab hærede; *Si quid exegeris, ejus partem mihi daturum ſpondes?* Quæ ſtipulationes poſtea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatuſconſulto Pegaſiano reſtituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut remedio harum ſtipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam ſolus hæres hoc caſu actiones & exercebat & excipiebat, vid. Paul. IV. *ſent.* 3. Ulp. *tit.* 25. §. 13. Theoph. *hic.*

TEXTUS.

Quibus caſibus locus eſt SC. Trebell. vel Pegaſiano.

6. *Ergo, ſiquidem non plus, quam dodrantem hæreditatis, ſcriptus hæres rogatus ſit reſtituere, tum ex Trebelliano Senatusconſulto reſtituebatur hæreditas; & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili: in eum vero, qui recipiebat hæreditatem: ex Senatuſconſulto Trebelliano, tanquam in hæredem. At ſi plus, quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat Pegaſiano Senatuſconſulto: & hæres, qui ſemel adierat hæreditatem, (ſi modo ſua voluntate adierat,) ſive retinuerat quartam partem, ſive retinere noluerat, ipſe univerſa onera ſuſtinebat. Sed quarta quidem retenta, quaſi partis & pro parte ſtipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & hæredem: ſi vero totam hæreditatem reſtitueret, empta & vendita hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Sed ſi recuſabat ſcriptus hæres adire hæreditatem, ob id, quod diceret: eam ſibi ſuſpectam eſſe quaſi damnoſam, cavebatur Pegaſiano Senatuſconſulto, ut deſiderante eo, cui reſtituere rogatus eſſet, juſſu prætoris adiret, & reſtitueret hæreditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris eſt ex Trebelliano Senatuſconſulto, quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus: quia ſimul & huic, qui reſtituit, ſecuritas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem; utroque Senatuſconſulto in hac ſpecie concurrente.*

COMMENTARIUS.

1. *An hæres, qui ultro totum, quod rogatus eſt, reſtituit, ſolus onera ſubeat ex Pegaſiano?*
2. *Stipulationes empta & vendita hæreditatis.*
3. *Caput Senatuſconſulti de coactione recuſantis adire.*

Non plus quam dodrantem) Senatuſconſulti Pegaſiani duo principalia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede, rogato totam hæreditatem, aut plus quam dodrantem reſtituere; altero de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recuſabat: nihil autem hoc Senatuſconſulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hæreditatem adiit. Itaque hoc caſu reſtitutio fiebat ex Senatusconſulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommiſſarium ſine ope ſtipulationum. Ulp. *tit.* 25. §. *is qui.* 12.

Pro parte rata) V. c. Hæres rogatus quarta parte retenta reliquam hæreditatem reſtituere, fidem præſtitit. Exiſtit creditor hæreditarius, qui centum debentur: huic in 75. utilis ex Trebelliano adverſus fideicommiſſarium actio datur: in reliqua 25. directam habet jure civili adverſus hæredem.

Si modo ſua voluntate) Nam ſi a prætore coactus ad-

ierat,

jetat, transferebantur actiones omnes in fideicommiſſarium, ut cautum erat Senatuſconſulto Trebelliano: de quo mox plura:

Ipſe univerſa onera ſuſtinebat) Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut ſupra dodrantem reſtituere, ſi modo ſua ſponte hæreditatem adiiſſet, etiamſi eam ſecundum voluntatem defuncti reſtituiſſet; id eſt, ſine deductione quartæ, univerſa onera hæreditaria ſuſtinuiſſe, atque ita nec hoc caſu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, poſt Senatuſconſultum Pegaſianum fuiſſe translatas: quod perquam
1 abſurdum videtur. Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatuſconſulto conſequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere poſſet, viciſſim ſenatui viſum eſt, ipſum ſolum onera hæreditaria ſuſtinere; quo caſu etiam neceſſario ceſſat Senatuſconſultum Trebellianum. At ut hæres eo etiam caſu, quo ultro voluntati defuncti paret, totumque quod rogatus eſt reſtituere, reſtituit, onera hæreditaria ſolus ſubeat, nulla ratio eſſe videtur; quippe cum hic non minus reſtitutio fieri poſſit ex Senatusconſulto Trebelliano, atque actiones ex eo transferri, quam cum hæres ex voluntate teſtatoris quartam integram habet, & reliquum reſtituit; quo caſu actiones pro rata in fideicommiſſarium dari, in *pr. hujus* §. dictum eſt. Finge hæredem rogatum dextantem reſtituere, eumque plenam fidem defuncto præſtare malle, quam contra ejus voluntatem aliquid retinere poteſtate Senatuſconſulti Pegaſiani. Cur hoc caſu non æqui fieri poſſit reſtitutio ex Senatuſconſulto Trebelliano, & actiones pro dextante transferri in fideicommiſſarium, quam cum ubi dodrantem reſtituere juſſus eſt, & reſtituit, transferuntur pro dodrante? Diverſi juris non alia fuiſſe videtur ratio, quam quod cum hæres ſalvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconſulto Pegaſiano uti non poteſt, etiamſi maxime velit: nam ad hunc caſum Senatusconſultum illud non pertinet, ſed intacta hactenus prioris Senatusconſulti manſit auctoritas. At vero cum plus quam dodrantem rogatus eſt reſtituere, tum uti poteſt poſteriore Senatuſconſulto: quod in hunc caſum proſpexit, & prioris vim ac poteſtatem quodammodo ſuſtulit. Quamobrem ſi is, qui beneficio Pegaſiani juvari poterat, eo uſus non ſit, remiſiſſe illud, atque in hoc hæredi fideicommiſſario gratificari voluiſſe cenſetur, ut tam oneribus hæreditariis obſtrictus maneat, quam ſi detracta quarta reliquum duntaxat reſtituerit. Facit eo quod ſcribit Paulus, 4. *ſent.* 3. § *ultim.* qui totam hæreditatem reſtituit, cum quartam retinere ex Pegaſiano debuiſſet, repetere eam non poſſe. Ceterum ut arbitror, aut ſummi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum caſum, quo hæres, qui Pegaſiano uti poterat, totam hæreditatem ſimpliciter reſtituit. Quod ſi enim nominatim teſtatus fuiſset, velle ſe hæreditatem reſtituere ex Senatuſconſulto Trebelliano actionum transferendarum cauſa, non video cur hoc admitti non debuerit. Imo reſtitutionem ita ex Trebelliano ſolitam fieri, expreſse tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modeſtin. *l. qui totam.* 45. *hoc tit.* quo tamen loco conſultius putat, ſuſpectam ut hæres dicat hæreditatem, coactuſque a prætore reſtituat; quo & ipſo caſu ex Trebelliano reſtitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius obſervare videtur, qui in *not. ad Paul.* ſcribit, eum qui totam hæreditatem reſtituere rogatus eſt, ſi Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatuſconſulto Pegaſiano reſtituere debere, interpoſitis emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationibus, vel quod expeditius eſt, ex Senatusconſulto Trebelliano, aut vi prætoris ex Pegaſiano coactus, nullis interpoſitis ſtipulationibus.

Quaſi partis & pro parte) De quibus dictum § *prec.* Nam ad exemplum partis & pro parte ſtipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi ſolebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in cauſa interponebantur inter hæredem & fideicommiſſarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulpian. *tit.* 25. §. 13 Paul. *d. lib. & tit. in princ.* Theoph. *hic.*

Empta & vendita hæreditatis) Cum tota hæreditas 2
rogatu defuncti ſponte reſtituebatur, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Quales illæ ſtipulationes fuerint, nuſquam diſerte traditum eſt, niſi quadantenus apud Ulpian. *l. in illa.* 50. §. 1. *de verb. obl.* ubi hæc ex parte emptoris profertur; *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum eſt eritve, quo minus perveniat*, ſubaudiendum, *tantam dari ſpondes?* Ex quo cum Hotomanno ſuſpicari licet, hanc fere contrariæ ſtipulationis formulam fuiſse; *Quantam pecuniam hæreditatis cauſa præſtitero, ſolvero, tantam dari ſpondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi conſtat, quod Ulpian. ſcribit *l. 2. de her. vel. act. vend.* ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum eſset, effectu ſcilicet: neque enim vi iſtarum ſtipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enimvero, ut non multo ante probavimus, potuit hoc caſu & ex Trebelliano nominatim reſtitutio ſic fieri, ut actiones transferrentur ſine interventu hujuſmodi ſtipulationum.

Si recuſabat hæres ſcriptus) Alterum hoc principale 3
caput Senatusconſulti Pegaſiani fuit, ut ſi hæres recuſaret adire hæreditatem, juſſu prætoris adire & reſtituere cogeretur, *l. 4. l. 6. §. 2. l. 14. §. pen. & paſſim hoc tit. l. ſi quis.* 17. *ſi quis om. ca. teſt.* Ulp. *tit.* 25. §. 14. At inquies, cum adire facti ſit, ad quod nec ſervus a domino præciſe compelli poteſt, *l. 3. C. de her. inſt.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præciſe poſse, non exiſtimo, ſed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.*

Quaſi damnoſam) Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, ſolvendo ſit hæreditas, nec ne. Sed neque præſcribitur hæredi cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit; cum variæ ſint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, tametſi locuples videatur hæreditas, quorundam offenſas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta eſt, ſine onere tamen ſuo. *d. l.* 4. *hoc tit.*

Quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus) Juſſu prætoris adita & reſtituta hæreditate, ei & in eum, qui recepit hæreditatem, actiones dantur perinde, atque ſi ex

ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtituta fuiſſet, idque ut ita fiat, Pegaſiano Senatusconſulto cautum eſſe ſcribit Ulp. *d. tit. & §.* Quamobrem nullis hic ſtipulationibus opus erit. Ut autem reſtituenti hoc caſu proſpectum, ne ullum damnum ſentiat, ita viciſſim omne commodum amittit, quod ſi cogi ſe paſſus non eſſet, vel beneficio Pegaſiani, vel ex voluntate defuncti, percipere potuiſſet. *d. l. 4. d. l. 14. §. qui compulſus. 4. l. ita. 27. §. 2. & §. præceptis. 14. hoc tit.*

Utroque Senatuſconſulto concurrente) Nam quod hæres invitus cogebatur adire a prætore, id erat ex Senatuſconſulto Pegaſiano: quod actiones tranferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

T E X T U S.

Pegaſiani in Trebellianum transfuſio.

7. *Sed quia ſtipulationes, ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes, & ipſi antiquitati diſplicuerunt, & quibuſdam caſibus captioſas eas homo excelſi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis ſimplicitas, quam difficultas placet; ideo omnibus nobis ſuggeſtis tam ſimilitudinibus, quam differentiis utriuſque Senatuſconſulti, placuit, exploſo Senatuſconſulto Pegaſiano, quod poſtea ſupervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatuſconſulto præſtare, ut ex eo fideicommiſſariæ hæreditates reſtituantur: ſive habeat hæres ex voluntate teſtatoris quartam, ſive plus, ſive minus, ſive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deeſt, ex noſtra auctoritate retinere, vel repetere ſolutum, quaſi ex Trebelliano SC. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommiſſarium competentibus. Si vero totam hæreditatem ſponte reſtituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommiſſario, & adverſus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegaſiani Senatuſconſulti fuerat, ut quando recuſaret hæres ſcriptus ſibi datam hæreditatem adire, neceſſitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommiſſario reſtituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc tranſpoſuimus ad Senatuſconſultum Trebellianum, ut ex hoc ſolo neceſſitas hæredi imponatur, ſi ipſo nolente adire, fideicommiſſarius deſideret reſtitui ſibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

N O T Æ.

7. *Vel repetere ſolutum*) Solutum ſcil. errore facti, non juris, *l. 9. C. ad leg. Falc.* v. g. Qui 100. in bonis habebat 100. legavit. Hæres integra legata ſolvit. Si errore facti, credens eam eſſe quantitatem patrimonii defuncti, ut exſolutis legatis adhuc abunde ſibi ad quartam Falcidiæ ſuperſit, repetitionem habet: ſi errans in jure, non habet. Ideſt, ſi non ignorabat quantitatem ſubſtantiæ: putabat autem ſe quartæ retentionem non habere. Idemque juris eſt in reſtitutione fideicommiſſi, ut *hic*.

Pro rata portione) *l. 1. C. h. t.* Onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectant, *l. 1. §. ult. D. eod.* & ibi Accurſ. DD. *in l. 2. & ult. C. eod.* niſi minus dodrante reſtituere hæres rogatus ſit; tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent. *l. 1. §. pen. eod.* Gloſſ. & DD. *ubi ſup.*

Totam hæreditatem ſponte) Dum fidum obſequium defuncti precibus præbere deſiderat, *l. 45. ad SC. Treb.* & pleniore officio fidei præſtandæ fungi, *l. 5. §. 15. de don. int. vir.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes captioſæ viſæ?*
2. *An hæres, qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatuſconſulti? & an teſtator deductionem hujus quartæ vetare poſſit?*
3. *Duplex deductio juxta c. Rainutius.* 16.
4. *Pro qua parte actiones tranſeant aut remaneant?*
5. *Explicatur* l. 5. C. hoc tit.
6. *Legatorum onera ad ſolum fideicommiſſarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatuſconſulti Pegaſiani in Trebellianum, ut jam ex ſolo Senatuſconſulto Trebelliano reſtituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quaſi ex hoc Senatuſconſulto quartam vel quod quartæ deeſt, retinere poteſt: ex eodem actiones pro rata communicantur: ſi hæres adire & reſtituere nolit, ex hoc Senatuſconſulto cogitur: reſtituta tota hæreditate ſive ſponte ſive juſſu prætoris, actiones omnes in fideicommiſſarium tranſeunt, nulluſque jam amplius uſus ſtipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegaſiano Senatuſconſulto deſcendentes) Stipulationes partis & pro parte, emptæ & venditæ hæreditatis, non ſunt Senatuſconſulto Pegaſiano primum introductæ, ſed ſunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegaſiano deſcendere, quia eo Senatuſconſulto tranſlatæ ſunt ad reſtitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nominatim Senatuſconſulto mentionem harum ſtipulationum factam fuiſſe.

Captioſas) Captioſæ fuerunt ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia ſalvæ nihilominus hæredi & adverſus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum ſtipulationum interpoſitionem cogebantur creditores fideicommiſſarium convenire, ſed hæres lites excipiebat, & ſolutum creditoribus a fideicommiſſario repetebat: ſicut e di-

diverſo fideicommiſſario cum hærede agendum erat, ut quod a debitoribus exegiſſet, redderetur. Ob has difficultates, & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod, cum ex Trebelliano reſtituitur hæreditas, commode poteſt vitiari. Nam quatenus hæreditas reſtituta eſt, eatenus hæres ſi conveniatur, exceptione reſtitutæ hæreditatis ſe tueri poteſt; & viciſſim ſi ipſe experiatur, eadem exceptione repelli. Captioſas igitur haſce ſtipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ, ſed quia captioni & damno obnoxiæ, plenaque difficultatibus: quia captioſæ propter has ſtipulationes Senatuſconſulti Pegaſiani ambages, auctore Juſtiniano *l.2.§.6.C.de vet. jur.enucl.* Captioſum enim noſtris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno eſt. *l.5.de tranſact.l.14.§.aliquando.5.verſ.unde quidam.quod met.ca.l.6.§.ſi quid.10. quæ in fraud.cred.* Recte igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίους, ideſt, damnoſas: neque cauſam video cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis ſimplicitas) Laudat in *§.ceterum 3.inſ.de legit.agn.ſucceſſ.* legem 12. tabularum, quod ſimplicitatem legibus amicam amplexa ſit in legitima agnatorum ſucceſſione: Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis ſequendum eſt, vitandæque argutiæ, ſubtilitates, ſcrupuloſitates, obſcuritates, diſtinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatuſconſulto Trebelliano præſtare) Quod planius erat, & citra captioſos circuitus ipſo jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non niſi per ſtipulationes interpoſitas, longoſque & captioſos ambitus Pegaſianum exſequebatur.

Vel quartam, vel quod deeſt) Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem nunquam alio nomine, quam Falcidiæ appellatur, ut oſtendi *ſup.* §.5. nimirum quia Senatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſa-
2 lia. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam proprie hanc quartam contineri, & proinde poſitis terminis habilibus; atque in dubio, ubi expreſſe nulla differentia conſtituta eſt inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis, quicquid de Falcidia jure noſtro cautum eſt, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Juſtinianus conſtituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat *l.ult.§ pen.C.de jur.delib.* item quod Falcidiæ locus non eſt, ſi teſtator expreſſe vetuerit hæredem ea uti *Nov. 1. cap. 2.* Omnino enim veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Atque hoc ſi animadvertiſſent interpretes, nemo eorum repertus eſſet, qui auſus fuiſſet hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum eſt, ut difficile dictu ſit, utra ſententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, vid. Ferrar. *in form.libell.pro leg. rei ſing. num.5.* Gom.1.*reſol.5. num.11.& 12.* Everh. *in Top. a Falc.ad Trebell.loco.34.* Gail.11.*obſ.138. num. 16.* Clar. *§.teſtam.quæſt.61.* Mantic.VII.*de conj. ult. vol.11. & 12.* Fachin.V. *cont.4.* Perez. *ad tit. C.de jur. del. num.14. & C. ad Senatuſconſul.Treb.num.10.* Chriſtin. *vol.1.deciſ. 316.& vol.IV.deciſ.25.51.& 52.* D. Tulden.*comm.in tit. præc.cap.3.* Apparet tamen ex allegatis, a Chriſtinæo ſic fere uſu receptum eſſe, ut etiam detractio quartæ Senatuſconſulti expreſſe prohiberi poſſit, præterquam in liberis primi gradus, quod etiam apud nos obtinere, refert Grot.11.*manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus non tantum filios, ſed etiam nepotes, &c. quos nemo in ſuo ordine antecedit. Ob inventarium vero non confectum hæredem non amittere quartam Senatuſconſulti. Et ita ſæpiſſime judicatum Mynſ.111.*obſ.60.* Gaill. *d. obſ. num.3.& 6.Deciſ.Cur.Holl.3.*add.citatos a Chriſtin. *d.deciſ.51. num.3.*
Jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis 3
duplex detractio permiſſa eſt, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Rainutius. 16.x. de teſtam.* quod quanquam legibus civilibus incognitum eſt, vid.Cujac.VIII.*obſ.5.* Hotom.*illuſt.quæſt.43.* uſu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum eſſe, & tanquam Evangelium practicari, teſtantur Bald. & Jaſ. *in auth. res quæ. C.comm.de legat.* Caſtr.*in l.jubemus.6.C.ad Senatuſconſ. Trebell.* Chriſtin. *vol. 1. deciſ.245. & dec.315* eoque jure etiam nos utimur. Grot.11.*manud.*20. *deciſ. Cur.Holl.3.& 17.* In ceteris, quod ad hunc juris articulum attinet, ſequimur in his regionibus jus commune. Grot. *d. loc.* Gudelin.*lib.11.de jur.nov. c.11.* ubi tamen dubitari poſſe ſcribit, an in locis in quibus hæredes inſtituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenſes & Cortracenſes, admittenda ſit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio; & magis exiſtimat, admittendam non eſſe. *arg.l.lex Falcidia.47. §.1.ad leg.Falc.* VINN. Jus, *capitulis Rainutius & Rainaldus.x.de teſtam.* invectum, jure civili incognitum eſſe plerique ſtatuunt cum Cujacio & Vinnio noſtro. Sed non inepte id negaveris. Nam (1) dum jus civile jubet ante computationem quartæ Falcidiæ, (adeoque & Trebellianicæ,) deduci æs alienum: profecto etiam deduci voluit portionem hæreditatis legitimam, quippe quæ recte æri alieno accenſetur. *l. 8. §.8. ff. de inoff.teſt. l. 67. §. 1 ff.de legat.2.* Deinde (2) in *l.5. C. ad SC. Trebell.* diſerte Zeno: *Idem*, inquit, *in retinenda legis Falcidiæ portione, obtinere jubemus: & ſi pater vel mater filio, ſeu filia, inſtitutis hæredibus, rogaverit, eos eaſve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus ſuis, ac deinceps reſtituere hæreditatem.* Permittit ea lex liberis, fideicommiſſo obſtrictis, ut poſſint detrahere quartam pro auctoritate Trebelliani Senatuſconſulti: ſed addit in eam quartam nec reditus, nec quartam Falcidiam imputari. Quartam autem Falcidiam non aliam hic eſſe quam portionem legitimam, acute obſervavit Vir Clariſſimus A.A. Pagenſtecher. *in Aphoriſm. h.t. §. 164.* Sane & alibi portio hæc vocatur quarta Falcidia, ut *l.8. §. 9. & 14. ff.de inoff. teſt.l.31.C.eod.*& apud Paull. *Recept.Sent.lib.IV.tit.5. §.5.* Quin jam ab aliis obſervatum, portionem hanc vel lege Falcidia, vel ex ejuſdem rationibus fuiſſe introductam. Vid. Jan.a Coſt. *ad pr.Inſt.de inoff.teſt.*& V.C.Schulting *Juriſp.antejuſtin. p. 381.* Ex quo patet, Pontificem in iſtis capitulis interpretem magis juris civilis, quam legiſlatorem egiſſe. Diſſentit D. Harprecht.*Diſſ. de jure deducendi duas quartas*, cujus argumentis tamen facile ſa-

tis

tisfieri poſset, ſi id jam ageretur. Hein.

4 *Vel repetere ſolutum*) Solutum ſcilicet errore facti; *l. error. 9. C. ad leg. Falc.* Reperitur autem hoc non beneficio Senatuſconſulti; ſed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacunque ex cauſa ſolutum eſt, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius ſuo loco.

Pro rata portione) Si pars tantum hæreditatis reſtitui juſſa eſt, pro parte non reſtituta actiones apud hæredem remanent, pro reſtituta tranſeunt in fideicommiſſarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, ſi hæres eam totam reſtituit, (ſponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes; ſi dodrantem retenta quarta ex Senatuſconſulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l. 1. C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus eſt, qui ſolus cogitur reſpondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujuſque parte ſimul atque facta eſt reſtitutio, ideſt, ſi hæres verbo dixerit ſe reſtituere, aut per epiſtolam vel nuntium reſtituerit, quamvis fideicommiſſarius nondum nactus ſit rerum poſſeſſionem
5 *l. reſtituta. 37. l. facta. 63. in pr. hoc tit.* Quod autem etiam in ponenda ratione Senatuſconſulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud ſignificatur, quam quod in conſtituenda ſumma bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut ſciri poſſit, quantum æris alieni in fideicommiſſarium cum portione reſtituta tranſeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis eſſe; ex his centum deberi. Hic fideicommiſſario reſtituentur CCCLXXV. ac pro hac portione, ideſt, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni CXXV. retinebit hæres, pro qua parte ipſe a creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res tranſigenda eſt, poſtquam placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non ſatis recte mihi explicuiſſe videtur Wiſembec. & poſt eum Chriſtin. *vol.*
6 IV. *dec.* 53. *n.* 5. Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte ſua onus æris alieni ſubeat: onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectare, communiter placuit. Accurſ. *in l. 1. §. ult. hoc tit.* DD. *in l. 2. & l. ult. C. eod.* Tholoſan. XLII. *ſyntagm.* 31. *n.* 3. D. Tulden. *comm. in hunc tit. cap.* 4. Quæ ſententia etſi Donello in *d. l. 2.* falſiſſima, mihi tamen vera videtur. Nam cum quarta pariter ex legatis & fideicommiſſo detrahatur, *l. 3. §. 2. eod.* utique ex reſiduo dodrante, quem totum hæres reſtituit, legatariſi ſatisfaciendum: alioqui non habiturur eſſet hæres quartam integram; niſi dicamus, hæredem nihilominus a legatariis recte pro ſua parte conveniri, & quod ſolvit, a fideicommiſſario eum repetere debere, ſibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in propoſito dici non poteſt: quoniam auctoritate ſenatus dodrante, unde omnia legata præſtanda ſunt, reſtituto, actiones legatariorum in fideicommiſſarium transferuntur, qui conventus quod ſibi detractum, legatariis pro rata imputabit, *argum. l. 3. in pr. eod.* Plane ſi, antequam reſtitutio facta eſt, legatarii petant; puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cum ſi ſolvat, hoc minus ex cauſa fideicommiſſi reſtituat; *argum. l. ita tam. n. 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quod ſi hæres minus dodrante reſtituere rogatus eſt, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommiſsorum ſpecialium onera ad eum pertinere, certum eſt, *l. 1. §. pen. eod.* Salic. *in d. l. 2. & l. ult. C. eod.* Grot. II. *manud.* 20. Mynſ. Schneid. *hic.* Ad quem caſum plerique cum Gloſsa etiam referunt *dict. l. 2.* Bachovius in *not. ad Treutl. vol. II. diſp. 14. theſ. 9.* putat hanc *d. l.* ſententiam eſse, quod fideicommiſsarius cogatur pati, ut tam de ſua parte, quam de legatis quarta detrahatur, cum concurrentibus legatariis de reſtituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo) Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc caſu ſentire hæredem æquum eſt, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proxime præced.

Textus.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommiſſariis ſupra dicta locum habeant.

8. *Nihil autem intereſt, utrum aliquis ex aſſe heres inſtitutus, aut totam hereditatem, aut pro parte reſtituere rogatur; an ex parte heres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſervari precipimus, que in totius hereditatis reſtitutione diximus.*

Commentarius.

Sententia hujus loci ſatis plana eſt. Non tantum, qui ex aſse inſtitutus eſt & rogatus, aut totam hæreditatem aut partem ejus reſtituere, poteſt vel ultro adeundo, & reſtituendo, partem quartam, aut quod quartæ deeſt, retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel ſuſpectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit. *l. cogi. 16. §. ſi quis. 4. hoc tit.* verum etiam, ſi quis ex parte & verbi cauſa ex ſemiſse hæres inſtitutus ſit, rogatuſque partem illam reſtituere, poteſt quartam partem hujus partis, & in propoſito ſeſquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & tranſeant. Poreſt & partem totam ultro reſtituendo, aut adire recuſando, prætoriſve juſſu adeundo, omnes actiones abs ſe removere & transferre in fideicommiſsarium. Denique qui partem partis, ex qua inſtitutus eſt; reſtituere rogatur, poteſt ſimiliter, ſi quartam partem ſuæ partis ſalvam judicio defuncti non habeat, quod ei deeſt, retinere; & recuſans adire, deſiderante fideicommiſtario cogi a prætore, ut adeat, totamque illam partem reſtituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula; *Quod juris eſt in toto, quantum ad totum, idem juris eſt in parte, quantum ad partem. l. que de tota. 76. de rei vind. l. 3. pro derel. §. ſi rem. 12. in fin. ſup. de legat.* Simile eſt, quod *ſup.* §. 1. *de leg. Falc.* docuit, in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni.

Tex-

TEXTUS.

De eo, quod hæres voluntate teſtatoris deducit, præcepitve.

9. *Si quis una aliqua re deducta, ſive præcepta, quæ quartam continet: (veluti fundo vel alia re,) rogatus ſit reſtituere hæreditatem, ſimili modo ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtitutio fiet, perinde, ac ſi quarta parte retenta, rogatus eſſet, reliquam hæreditatem reſtituere. Sed illud intereſt, quod altero caſu, ideſt, cum deducta ſive præcepta aliqua re reſtituitur hæreditas, in ſolidum ex eo Senatuſconſulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, ſine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quaſi ex legato ei acquiſita. Altero vero caſu, cum quarta parte retenta rogatus eſt hæres reſtituere hæreditatem, & reſtituit; ſcinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommiſſarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet una aliqua re deducta aut præcepta, reſtituere aliquis hæreditatem rogatus ſit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, atque in ſolidum transferuntur actiones. Et ſecum deliberare debet is, cui reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui. Eadem ſcilicet interveniunt, &, ſi duabus pluribuſve rebus deductis præceptiſve, reſtituere hæreditatem rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptive, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus ſit aliquis hæreditatem reſtituere, idem juris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus, & ad eum, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.*

NOTÆ.

9. *Una aliqua re deducta*) Qui certa aliqua re aut ſumma deducta rogatus eſt hæreditatem reſtituere, ſimilis eſt hæredi, cui ex re certa inſtituto cohæres ſimpliciter datus; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l.* 1. *§. ult. hoc tit. l. pen. C. de hær. inſt.*

In qua maxima pars hæreditatis) Nam pretium rei non mutat rationem juris; onera autem non patitur, niſi qui partem jure hæreditario retinet, *d. l.* 30. §. 2. Quod ſi res deduci juſſa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deeſt, jure hæreditario retinere, per *l.* 1. *§.* 16. *eod.*

Duabus pluribuſve) Ratio, quia ſemper inſpicitur, utrum quæ pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus ſingulis.

Qui ex parte hæres) Ut ſi præcepta reliqua rogatus ſit reſtituere, res illa apud eum ſine onere remaneat.

COMMENTARIUS.

1. *An & quatenus in caſu propoſito, conſumpta portione reſtituta, legatarii & creditores cum hærede agere poſſint?*

Supra *tit. de hæred. inſt. ſub §. & ſi plures.* 8. docuimus, ſi quis ſolus ex re certa inſtitutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac ſi ſimpliciter ſine ulla mentione rei ſcriptus eſſet, ex *l.* 1. *§. ſi ex fundo.* 4. *d. tit. l. cohæredi.* 41. *§. ult. de vulg. & pup.* At ſi plures inſtituti ſint, quidam ex re certa, alii ſimpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos ſolos hæredes effici, qui ſimpliciter aut ex quota ſcripti ſunt; qui ex certa re aut ſumma, pro legatariis haberi, *l. pen. C. de hær. inſt.* niſi hæredes partis univerſæ defecerint: tum enim idem juris eſſe, ac ſi inſtituti in re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent. Huic poſteriori ſpeciei ſimilis eſt, quæ hoc loco proponitur, videlicet cum quis deducta certa re vel ſumma rogatus eſt hæreditatem reſtituere. Reſtituta enim in propoſito hæreditate fideicommiſſarius inſtar cohæredis eſt, hæres inſtar ejus qui ex re certa inſtitutus cohæredem habet ſcriptum ſimpliciter. Quamobrem recuſante quidem fideicommiſſario hæreditatem recipere, ſolus qui rogatus eſt & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam ſolus fideicommiſſarius hæredis locum obtinet, alter tanquam cohæres ex re certa vicem ſubit legatarii.

Una aliqua re) Quæ *praecedd.* §§. dicta ſunt de ſciſſione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliquam hæreditatem reſtituit, & fideicommiſſarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus eſt hæreditatem reſtituere retenta parte aliqua hæreditatis ſeu aſſis, ſive, ut vulgo interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longe eſſe, ſi quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut ſumma; puta centum aureis, reſtituere rogatus ſit; quamvis ea res vel ſumma quartam partem vel amplius contineat. Nam etſi hic quoque ſimiliter reſtitutio ex Senatuſconſulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, ſed hæc omnia transire ad fideicommiſſarium, hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, ideſt, ſine ullo onere hæreditario, quo conſtat legatarios non premi, *l. ſi hæreditatem.* 32. *mand. l. ult. C. de hær. act.* Marcianus breviter & dilucide rem totam proponit in *l. ſi legatus.* 30. *§.* 3. *hoc tit. Multum intereſt*, inquit, *utrum quæ pars jure hæreditario retineatur, an vero in re vel pecunia: nam ſuperiore caſu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommiſſarium; poſteriore vero apud fideicommiſſarium ſunt actiones.* Huc pertinet *l.* 1. *§. ult. eod.* Quod ſi hæres coactus a prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *l. item.* 27. *§. ſi præceptis.* 14. *eod.*

Quæ quartam continet) Quod ſi res deduci juſſa quartam partem non exequet, tum hæres vel ad ſupplementum agere poterit, vel quod quartæ deeſt, jure hæreditario retinere. Gloſſ. & DD. *hic. arg.* §. *ſed quia.* 7. *hoc tit.* *l.* 1. §. *ſi hæres.* 16. *eod.* Æquum autem tunc eſſe, ut hæres ſaltem pro ratione iſtius ſupplementi creditorum actiones excipiat, utique in ſubſidium cenſent Gloſſa in *d. l.* 1. §. *ult.* Cantiunc. & Mynſ. *hic.*

Ex Senatuſconſulto Trebelliano) Ante transfuſionem Pegaſiani in Trebellianum, ſi hæres non ultra dodrantem reſtituere juſſus erat, reſtitutio fiebat ex Senatusconſulto Trebelliano. Hoc cum noſtri dicunt, perpetuo ſignificant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, reſtitutio fiebat ex Pegaſiano. Quo caſu actiones apud hæredem remanebant, & ſtipulationes interponebantur, ſecundum ea, quæ tradita ſunt §. *ergo.* 6. *eod.* Hodie remoto Pegaſiano diſtincte pro parte reſtituta actiones tranſeunt. In caſu autem propoſito etiam antea reſtitutio fiebat ex Trebelliano, *l.* 1. §. *ſi hæres.* 16. *eod.* actioneſque in ſolidum transferebantur; quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, ſimilis eſt legatario.

In qua maxima pars hæreditatis) Finge eum, qui quadringenta poſſidebat, rogaſſe heredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio reſtitueret. Hic etiamſi fundus iſte maximam partem hæreditatis, ideſt dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo reſtituto, in ſolidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium rei rationem juris mutat, aut efficit, quominus res ſit ſingularis. Ceterum hoc caſu conſumpta portione reſtituta, fideicommiſſario ſubveniendum eſſe hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis reſpondere debere, tradunt Cantiunc. & Mynſ. *hic.* Et multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus; quippe quibus in ſubſidium etiam pro tota ea parte, quam præcepit, teneatur, ſi hæreditas ſolvendo non ſit, ut vult idem Mynſing. & Gothofr. *in annot. marg.* ad Schneid. quod etiam tanquam certum atque apud nos quoque receptum tradit D. Grot. 11. *manud. cap.* 20. Etſi autem forte rationi juris veteris hæc non ſatis conveniunt, & fortaſſis nec novo, ſi fideicommiſſarius inventarium facere neglexerit, quo caſu obligatus ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri conſentanea videntur: ubi fideicommiſſarius inventarium ex præſcripto Juſtiniani fecit, aut hæres a ſe factum ei ceſſit. Quorum alterutrum ſatis ei eſt ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet Bart. *in l. in ratione.* 11. §. *quod vulgo.* 5. *ad leg. Falc. num.* 9. & 10. quanquam Bachovius putat, etiamſi ipſe fideicommiſſarius ſolvendo non ſit, hæredem tamen in ſubſidium conveniri non poſſe, cum aliud remedium creditoribus paratum ſit, & præcipue hoc ut ſi putent hæredem non eſſe ſolvendo, bonorum ſeparationem petant.

Et ſecum deliberare debet) Cautius faciet, ſi jure deliberandi non utatur; ſed novo beneficio inventarii, quod a Juſtiniano datum omnibus, quibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda aut ſuſcipienda hæreditate, §. *extraneis.* 5. *ſup. de hæred. qual.*

Si duabus pluribuſve) *L. ita tamen.* 27. §. *ſi præceptis.* 14. *hoc tit.* Quippe non multitudo rerum relictarum, ſed modus relinquendi juris differentiam inducit, inſpiciturque ſemper, utrum qua pars in hæreditate ſeu jure univerſo hæredi attributa ſit, an in rebus ſingulis hæreditariis. Mynſingerus imperite rem hæreditariam cum quota hæreditatis confundit.

Sed & ſi certa ſumma) Huc ergo pertinet *l.* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperam DD. comm. alio trahunt nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis actiones legatorum in ſolidum in fideicommiſſarium dari: quanquam vera mihi videtur propoſitio.

Ad eum, qui ex parte) Pone eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes inſtituiſſe, ſingulos ex ſemiſſe: alterumque rogaſſe, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem ſuam reſtitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate ſolus pro ſemiſſe actiones excipit; cum ubi partis dimidiæ hæres rogatus eſt, ut retenta parte quarta aut quadrante ſuæ portionis reſtituat, atque reſtituit, pro ſextante obnoxius maneat.

TEXTUS.

De fideicommiſſo hæredis ab inteſtato.

10. *Præterea inteſtatus quoque moriturus poteſt rogare eum, ad quem bona ſua vel legitimo jure, vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem ſuam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui reſtituat: cum alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant.*

NOTÆ.

10. *Inteſtatus moriturus*) Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil a defuncto accipiunt, ſed illos lex, hos prætor vocat, ejus autem qui a defuncto nihil accipit, fideicommitti non poteſt, *l.* 9. *C. de fideicomm.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l.* 8. §. [illegible] *de jur. eod.* Ulpian. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem tacite a defuncto relinqui, dum eos non excludit alios inſtituendo, quod pro jure ſuo facere poterat.

COMMENTARIUS.

1. *Ratio, cur etiam a legitimis & honorariis hæredibus fideicommiſſum relinqui poſſit.*
2. *An fideicommiſſum a legitimo hærede relictum, ſucceſſione propter repudiationem primi gradus agnati ad ſequentem devoluta, debeatur?*

Fideicommiſſum tam hæreditatis quam ſingulare, non ſolum teſtamento, verum etiam codicillis relinqui poteſt. Quid ei obſervandum ſit, qui teſtamento relinquere fideicommiſſum hæreditatis velit, didicimus §. [illegible] *ſup. hoc tit.* nimirum ut directo teſtamento hæredem inſtituat, atque ab eo relinquat. Codicillis poteſt quidem & ab hærede teſtamentario re-

relinqui, *l. 3. §. 2. l. 8. in pr. de jur. cod.* Ulpian. *tit.* 25. §. 9. Ceterum poteſt & ab eo, qui ab inteſtato venturus eſt, ſive legitimus ſit, ſive honorarius ſucceſsor, *d. l. 3. pr. d. l. 8. §. 1.* Unde quamvis de inſtituto tantum hærede ſenatus loquatur, *l. 1. §. 2. hoc tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem conſultum ſenatus extenſum eſt. *d. l. 1. §. 5. & §. 7. l. 6. §. 1. eod.*

Inteſtatus moriturus) Dubitari potuit, an a ſucceſſore legitimo aut honorario fideicommiſſum recte relinquatur. Sic enim jus eſt, ut ab eo, qui nihil a defuncto accipit, nihil per fideicommiſſum relinqui poſſit, *l. 9. C. de fideicomm.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil a defuncto accipiunt, ſed illos lex 12. tabb. ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bo-
1 norum-poſſeſſionem. Verum hæc dubitatio facile tolli poteſt. Quamvis enim in caſum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes a lege, honorarii a prætore vocentur: tamen cum defunctus eos teſtamento facto excludere potuiſset aliis hæredibus inſtitutis, (ſalva utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipſis tacite relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure ſuo facere poterat. Atque hoc eſt, quod Juriſconſultus ſignificat in *l. 1. §. ſciendum. 6. de legat.* 3. cum ait, *fideicommitti eorum poſſe, ad quos aliquid perventurum eſt, vel dum ipſis datur, vel dum non adimitur* in quam ſententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideo* inquit, *fideicommiſſa, dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur paterfamilias ſponte ſua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem poſse fideicommittere hæredis ab inteſtato, niſi qui teſtamentum facere poteſt, *l.* 3. *in pr. de jur. cod.* Ulpian. *d. tit.* §. 3. Eſtque hoc juris explorati, eos, qui teſtamentum facere non poſsunt, nec codicillos poſse, *l.*
2 *6.* §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* De illo quæſitum eſt, ſi quis inteſtatus decedens ab eo, qui primo gradu ei ſuccedere potuit, fideicommiſſum reliquerit, ſi illo repudiante ad ſequentem gradum devoluta ſit ſucceſſio, an fideicommiſſum debeatur. Negat Ulpian. *d. l.* 1. *§. pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur. *l. ſi Titio.* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *l.* 3. *de jur. cod.* Doctores vulgo cum Accurſ. & Bart. *ad dd. ll.* intereſse reſpondent, utrum ſimpliciter hæredes ab inteſtato venientes gravati ſint, an aliquis nominatim: illo caſu fideicommiſſum a quolibet ſuccedente deberi; hoc caſu non deberi, niſi a cohærede gravati portionem ſuam repudiantis; quoniam is in portione accreſcente ſimilis eſt ſubſtitutio, *argum. dict. l.* 3. *de jur. cod.* junct. *l. pater meus.* 29. §. 1. *de legat.* 2. add. Bart. *in l. cum pater.* 77. *§. cum exiſtimaret.* 29. *de legat. eod.* quæ diſtinctio rationem habet, Anton. Faber. IV. *conject.* 15. contendit; vitioſam eſse lectionem *d. §. pen. l.* 1. *de legat.* 3. legendumque dempta negatione, *fideicommiſſum debere.* Mihi tam periculoſa confidentia non placet.

Legata niſi ex teſtamento) Legatum olim non niſi teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis dari potuit, credo quia civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. Ulp. *tit.* 24. *fac. l. ſi ita.* 38. *de cond. & dem.* quibus tantum in teſtamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio teſtamento relicta, *l.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens viſum eſt pro imperio aliquid mandare ei quem non defunctus, ſed lex hæredem facit. Probabile tamen eſt, legata codicillis ab inteſtato data, interpretatione plerumque adjuta; atque ut vim fideicommiſſi haberent, benigne receptum fuiſſe: *arg. l. Scævola.* 76. *hoc tit.* Hodie autem poſtquam conſtitutione Juſtiniani confuſa eſt legatorum & fideicommiſſorum natura, *l. 2. C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam ſublatam eſſe tenebimus, & legata quoque ab inteſtato relicta directo valere; contra Joh. Fabr. Angel. & Giphan.

TEXTUS.

De fideicommiſſo relicto a fideicommiſſario.

11. *Eum quoque, cui aliquid reſtituitur, poteſt rogare, ut id rurſus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud reſtituat.*

COMMENTARIUS.

NOn modo hæres de reſtituenda hæreditate aut parte ejus rogari poteſt, verum etiam fideicommiſſarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rurſus alii reſtituat: atque in hac etiam reſtitutione placet actiones ex Senatuſconſulto transferri in fideicommiſſarium, ſecundum *l. 1. §. de illo.* 8. *hoc tit.* poſſe & cogi primum fideicommiſſarium, qui totam hæreditatem, cum ſuſpecta diceretur, recepit, totam reſtituere, *l. ſi patroni.* 55. §. 2. *eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id eſt, jus quartæ retinendæ habet, *l. lex Falcidia.* 47. §. 1. *ad leg. Falc.* Etenim cum ſemel adita eſt hæreditas, omnis defuncti voluntas rata conſtituitur, *d. l.* 55. §. 2. Proinde ceteri, quatenus ceperunt, & rogati ſunt reſtituere, fideicommiſſo obſtringuntur. *L. Lucius.* 78. *§. hæres.* 11. *hoc tit.* ſimiliter ut legatarii, a quibus fideicommiſſum relictum eſt. *l. pœnales.* 32. *§. ſi Titio.* 4. *ad leg. Falc.* Plane, ſi hæres, ut priori fideicommiſſario donaret, jure ſuo uſus non ſit, poſſe quartam ſecundo fideicommiſſario detrahi, reſponſum eſt, *l. 1. §. inde Neratius.* 19. *hoc tit.*

TEXTUS.

De probatione fideicommiſſi.

12. *Et quia prima fideicommiſſorum cunabula a fide hæredum pendent, & tam nomen, quam ſubſtantiam acceperunt, ideo D. Auguſtus ad neceſſitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem ſuperare contendentes ex facto, quod Tribonianus vir excellentiſſimus, Quæſtor ſacri palatii, ſuggeſſit, conſtitutionem fecimus, per quam diſpoſuimus,*

ſi

ſi teſtator fidei hæredis ſui commiſit, ut vel hæreditatem vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat; & neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero, qui in fideicommiſſis legitimis eſſe noſcitur, poſſit res manifeſtari; ſed vel pauciores, vel nemo penitus teſtis intervenerit: tunc ſive pater hæredis, ſive alius quicunque ſit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit: ſi hæres perfidia tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam; ſi fideicommiſſarius ei jusjurandum detulerit, eum prius ipſe de calumnia juraverit: neceſſe eum habere, vel jusjurandum ſubire, quod nihil tale a teſtatore audiverit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel univerſalis vel ſpecialis ſolutionem coarctari. Ne depereat ultima voluntas teſtatoris fidei hæredis commiſſa. Eadem obſervari cenſuimus etſi a legatario, vel fideicommiſſario aliquid ſimiliter relictum ſit. Quod ſi is, a quo relictum dicitur, (poſtquam negaverit) confiteatur quidem, aliquid a ſe relictum eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem recurrat, omnino ſolvere cogendus eſt.

Commentarius.

1. *Quando diſpoſitioni h. §. locus.*
2. *Non mutari conſtituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.*
3. *Hæredem in ſpecie propoſita non poſſe jusjurandum referre.*
4. *Gloſſema in fine textus obſervatum.*

AUdivimus ſupra, fideicommiſſorum originem, nomen & ſubſtantiam a fide hæredum manaſſe. Hinc Juſtinianus argumentum ſumit mirifici in fideicommiſſa favoris, ut quemadmodum ex ſola fide hæredum ab initio pendebant, ita & ſola religione hæredum, quorum præſentium fidei aliquid commiſſum eſt, nunc conſiſtant, nec ordinariam probationem deſiderent. Conſtitutum hoc a Juſtiniano *l. ult. C. de fideic.*

1 *Neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero*) Quando teſtator, contempta omni alia probatione ſcripturæ vel teſtium, fidei ſolius hæredis committit, ut aliquid præſtet, placet Juſtiniano, fideicommiſſum ab hærede præſtandum, idque ſive neget hæres, fideicommiſſum a ſe relictum, & jusjurandum ſuper ea re ſibi delatum ſubire recuſet, ſive ultro fateatur, eſſe a ſe relictum, ſed dicat, ſe non teneri, quia non ſolemniter relictum ſit. *d. l. ult.* Prius verbis conſtitutionis expreſſum eſt: alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recuſans fideicommiſſum ſolvere cogitur? Non aliam utique ob cauſam, quam quod recuſatio jurisjurandi tacitam confeſſionem habet, *l. manifeſta.* 38. *de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommiſſo eum obſtringi oporteat confeſſione aperta. Quia autem & prior caſus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei, quod de numero teſtium in ultima voluntate adhibendo placitum eſt, continetur; ideo conſtitutionem ſuam adverſus tacitas objectiones munivit. 2 Si quis enim forte objiciat, iniquum eſſe, ab hærede fideicommiſſum exigi citra ullam probationem, reſpondet, illud hac in re iniquum non eſſe, ubi hæres jurejurando ſibi delato in ſua cauſa conſtituitur teſtis & judex, ut ſit in ejus poteſtate, non teneri, jurando ſe neſcire quicquam relictum eſſe. Si quis dicat, in omni ſuprema voluntate ad minimum requiri quinque teſtes: *l. ult.* §. *ult. C. de codic.* reſpondet, id juſtum eſſe, cum res per teſtes probanda eſt, ne quid falſitatis admittatur, cujus nihil in ſpecie propoſita metui poteſt: quoniam teſtimonium ab ipſo hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod ergo traditum eſt in *l. ſi veritas.* 23. *C. de fideicom. cum ſimilib.* ex imperfecta ſcriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & niſi de fide ſcripturæ, quam teſtator ſervari voluit, juſto numero teſtium conſtet, fideicommiſſum exigi non poterit: conſule Mantic. *de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 15. *num.* 5. Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Juſtinianus, in calce conſtitutionis exponit.

Qui in fideicommiſſis legitimus) Hoc a Theodoſio primum conſtitutum eſt, *d. l. ult.* §. *ult. C. de codic.* Antea enim, cum numerus teſtium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos ſuffeciſſe arbitror, *argum. l. ubi numerus.* 12. *de teſtib.* de quo plenius ſub §. *ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus conſtitutum *d. l. ult.* §. *ult. C. de dic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic* & *d. l. ult. C. de fideicomm.* Juſtinianus ſancit, tunc ſolum obtinet, cum defunctus rem, quam præſtari voluit, fieri hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Cum prius ipſe de calumnia juraverit) Ideſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, hæredemque religione urendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita ſe rem habere ſibi plane perſuaſum ſit: quod jusjurandum, licet alias in caſu eſſe deſierit: tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, ſi exigatur, eſt præſtandum, juxta *l. jusjurandum.* 34. §. 4. *de jurejur.* Damhoud. *prax. civil. c.* 151. Merul. *lib.* IV. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 8.

Vel jusjurandum ſubire) Conditione jurisjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut ſolvere, *l.* 9. *C. de reb. cred.* Manifeſte enim confeſſionis eſſe creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifeſta.* 38. *de jurejur.* At in propoſito ne referre quidem hæres 3 poteſt: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque ſcire poteſt: ſed quod ſolus hæres, & cujus actor ignarus eſt: quo caſu relationi non eſt locus, *l. Marcellus.* 11. & *ſeqq. rer. amot. d. l. jusjurandum.* 34. *in pr. de jurejur.* & ita recte Mynſing. Schneid. Weſemb. *hic.* mirumque eſt, veteres interpretes in re tam manifeſta variare.

Poſ-

Poſtquam negaverit) Hæc verba neque in ipſa conſtitutione Juſtiniani reperiuntur, & teſtibus Cujacio, Ruſſardo, Hotomanno, Contio, Fabroto, deſunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoſcit: & Joh. Faber quoque refert, ſe Bononiæ aliquot codices vidiſſe, a quibus aberant. Quare ſuſpicari licet, gloſſema eſſe. Si vero retineantur, non ita accipienda ſunt, quaſi non alia conditione hæres in ſpecie propoſita fideicommiſſo obligetur, quam ſi prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuſet: ſed ideo poſita, quia hic caſus ſolum verbis expreſſus fuit; ceterum ſimpliciter, quiſquis confitebitur de fideicommiſſo, obligabitur: neque enim pœnæ cauſa hic quicquam conſtitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur; in qua falluntur DD. comm. Bart. Salic. Caſtr. Sichard. *ad d. l. ult.* Mynſing. Schneid. *hic.* ſed totum voluntatis teſtatoris ſervandæ cauſa ut diſerte ſcriptum èſt in extremo *d. l. ult.* & tenent Joh. Fab. & Jaſ. *in d. l. ult.* quos etiam ex facto conſultus non attenta communi opinione, in reſpondendo ſecutus eſt quondam Curiæ noſtræ Coryphæus, Reinerus ab Amſterdam. Atque hæc ſententia probatur etiam a Weſemb. *hic.* Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib.* 11. *tit.* 13. *num.* 5.

TITULUS VIGESIMUSQUARIUS.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio & argumentum tituli.

HActenus de fideicommiſſis univerſalibus, quibus ſcilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur, quæ a legatis multum differunt: ſequuntur nunc fideicommiſſa ſpecialia, quibus relinquuntur res ſingulæ; quorumque & legatorum eadem ex conſtitutione Juſtiniani natura eſt, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommiſſorum, de qua agitur §. 3. *ſup. de legat. & l.* 2. *C. comm. de legat.* ad ſola fideicommiſſa particularia pertinet, ut demonſtravimus in explicatione *d.* §. 3. *& pr. tit. prac.* Docet hic Imperator, a quibus fideicommiſſa ſingularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui poſſunt: poſtremo in genere, quibus maxime verbis fideicommiſſa relinqui ſolent.

TEXTUS.

Summa.

Poteſt tamen quis etiam ſingulas per fideicommiſſum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, veſtem & pecuniam numeratam, & vel ipſum hæredem rogare, ut alicui reſtituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non poſſit.

NOTÆ.

Vel legatarium) Interdum & in contractibus fideicommiſſum conſtituitur, exempl. in *l.* 26. *pr. de poſ. l.* 77. *de leg.* 1.

A legatario legari non poſſit) Hoc etiam ad jus vetus referendum. Ulpian. *tit.* 24. §. 19. Cajus *lib.* 11. *tit.* 7. Nam hodie hæc quoque differentia ſublata: utique quod a legatario legatum eſt, valebit nunc jure fideicommiſſi, argum. *l.* 2. *C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur olim a legatario legari non potuerit, & an hodie poſſit.*

FUndum, argentum, hominem, veſtem) Hæc nomina generalia quidem ſunt, verum ſpecifice hic ſumuntur: intelligitur enim certa ſpecies ex eo genere relicta, *l. legato.* 37. *de legat.* 1. Ceterum & ſi quis fundos ſuos omnes, omne argentum, veſtem omnem, omnes ſervos per fideicommiſſum reliquerit, nihilominus tale fideicommiſſum ſpeciale eſt, & ſimile legato.

Vel legatarium) Singulæ res per fideicommiſſum non ſolum ab hærede relinqui poſſunt, verum etiam a legatario. Poſſunt & ab hærede hæredis, vel legatarii, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Idem juris eſt de fideicommiſſario etiam rei ſingularis, §. 1. *hoc tit. l. ab eo.* 9. *C. de fideicommiſſis*, & donatario mortis cauſa, *l. cum pater* 77. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 8. §. 2. *de tranſact.*

A legatario legari non poſſit) A legatario legari non poſſe, quamvis fideicommiſſa ab eo recte dentur, diſcimus etiam ex Ulpian. *tit.* 24. §. *a legatario.* 19. & Cajo *lib.* 11. *tit.* 7. §. 3. Cujus differentiæ hæc ratio eſſe videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum ſolum liceat, quem univerſi juris ſucceſſorem eſſe volumus & locum noſtrum ſubire. Differit autem ita Juſtinianus, quaſi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod hæc differentia naturalis ſit, quoniam nulla legandi a legatario formula dari poteſt. Ego vero a communi & recepta interpretum ſententia non recedo, qui cenſent, etiam hanc differentiam una cum ceteris hodie ſublatam eſſe, legataque non minus, quam fideicommiſſa a legatario relinqui poſſe, *per l.* 2. *C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cum a legatario legatur, locum eſſe: ſed quod

quod Giphanius ait, nullam dari poſſe, id nego. Per præceptionem hæredi a cohæredibus duntaxat legari conſtat. Non video etiam, quomodo per vindicationem poſſit a legatario legari. Etenim ſi teſtator, poſtquam ita legavit, *Titio fundum Tuſculanum do, lego*, mox eundem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eundem fundum Tuſculanum do, lego*, aut ſic, *Sejus fundum Tuſculanum ſibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademtio. At damnationis formulæ hic uſus eſſe poteſt, *Titius damnas eſto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare Sejo*; *Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo*. Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommiſſis affinitas, & nonnulla verba communia utriuſque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, vid. *inf.* §. *ultim.* Quin etiam ſinendi modo a legatario recte legari, defendi poteſt, veluti ſi teſtator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas eſto ſinere C. Sejum ſibi habere partem fundi: quem ipſi legavi*. Non obſtat, quod Juſtinianus ſimpliciter ſcribit, a legatario legari non poſſe: nam præcedenti quoque titulo §. *præterea* 10. ſimpliciter ſcripſit, legata niſi ex teſtamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus obſervat differentiam inter legata & fideicommiſſa, ex conſtitutione ſua emendationem recipere voluit: quamvis ſeparatim ita tractet, quaſi differentiæ adhuc manerent, id quod ſe facturum antea teſtatus eſt §. 3. *ſup. de legat.* quo permiſtio & ſimilitudo noviter introducta clarior eſſet & facilior. VINN. Quin hodie legata etiam a legatario relinqui poſſint, dubitandum non videtur. Vix tamen arbitror ex principiis juris veteris locum fuiſſe legato damnationis. *Damnas eſto* formula eſt legislatoria. Teſtator autem erat quaſi legislator non ratione legatarii, quem non damnare ſed locupletare debebat, ſed ratione hæredis, tanquam ſucceſſoris ſingularis. Ergo hujus juris ratio reddenda non eſt ex natura formularum. Nam revera formula nulla legato a legatariis relicto quadrabat, ſed ex generali illo principio, quod hodie legata & fideicommiſſa ejuſdem naturæ eſſe cenſeantur. HEIN.

TEXTUS.

Quæ relinqui poſſunt.

1. *Poteſt autem non ſolum proprias res teſtator per fideicommiſſum relinquere; ſed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommiſſarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommiſſarius non ſolum de ea re rogari poteſt, ut eam alicui reſtituat, quæ ei relicta ſit: ſed etiam de alia, ſive ipſius, ſive aliena ſit. Hoc ſolum obſervandum eſt, ne plus quiſpiam rogetur alicui reſtituere, quam ipſe ex teſtamento ceperit; nam quod amplius eſt, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommiſſum relinquitur, neceſſe eſt ei, qui rogatus eſt, aut ipſam rem redimere & præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere.*

COMMENTARIUS.

1. *Jam olim communia fideicommiſſis cum legatis.*
2. *Declaratio regulæ, Neminem poſſe rogari, ut plus reſtituat, quam ipſe cepit.*

MUlta etiam jam olim fideicommiſſis communia cum legatis fuere: quale eſt hoc, quod hic traditur de re; quæ teſtatoris propria non ſit, per fideicommiſſum relicta. Res, quæ, cum in commercio ſit, teſtatoris propria non eſt, eam neceſſe eſt vel hæredis eſſe, vel legatarii aut fideicommiſſarii, vel tertii alicujus: quæ ſola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut novimus §. 4. *ſup. de legat.* Quemadmodum igitur non ſolum res teſtatoris legari poteſt, ſed etiam hæredis, *d.* §. 4. ita ſciamus, non ſolum rem teſtatoris, ſed etiam hæredis, per fideicommiſſum relinqui poſſe; & quod reſponſum eſt, valere hujuſmodi legatum, etiamſi teſtator exiſtimaverit rem ſuam eſſe, *l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommiſſum quoque pertinere. Contra, quemadmodum res, quæ legatarii eſt, ei inutiliter legatur: §. *ſed ſi rem.* 10. *ſup. de legat.* ita & fideicommiſſario rem, quæ ipſius ſit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommiſſarii alteri legata quæri olim non potuit, quia ab his legari non licebat, ſed tantum fideicommiſſum dari. Nunc vero etiam in legatis huic quæſtioni locus eſt. Sed hoc præterit Juſtinianus: quippe cui hic ſermo eſt de fideicommiſſis, non conſiderata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommiſſum relinqui poſſe etiam rem legatarii aut fideicommiſſarii, a quo ſcilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid ſi in propoſito defunctus putaverit rem ſuam ſe relinquere? Dicemus, nihilominus valere fideicommiſſum, eadem ratione, qua ſi res hæredis eſſet, valeret, *arg. d. l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *de legat.* 2. *d.* §. 4. *ſup. de legat. cum ibi notat.* Porro illud quoque commune eſt, quod hic ait Juſtinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommiſſum relinqui poſſe: nam legari poſſe docuit *d.* §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius a nobis in commentariis relatum eſt, legatum rei alienæ non ſemper deberi, ſed intereſſe, utrum teſtator ſciverit an ignoraverit, eſſe alienam; atque illo demum caſu, non hoc, valere legatum, niſi conjectura voluntatis aliud ſuadeat, ſciendum eſt, ad fideicommiſſum quoque rei alienæ pertinere, *l.* 10. *C. de legat.* 1

Etiam de alia, ſive ipſius) Legatarii ſc. qui rogatur, aut fideicommiſſarii primi: nam per fideicommiſſum non modo reddendi onus imponi poteſt, ſed etiam dandi. Ipſi vero fideicommiſſario rem ſuam inutiliter relinqui exiſtimo, *arg.* §. *ſed ſi rem.* 10. *ſup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommiſſorum, quicquid contra diſputet Bachovius.

Ne plus rogetur quiſquam reſtituere) Hoc ſummam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam 2

legem, quam velint, ſuis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam ſupra id, quod ei reliquit, & diſponat de alieno) *l.* 1. §. *ſi is qui.* 37. *ad ſen. Treb. l.* 1. §. *ſciendum.* 6. *de legat.* 3. *l. filiusfam.* 114. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 9. *C. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones: quæ tamen non tam exceptiones ſunt, quam declarationes regulæ. Cujuſmodi eſt, quod, ſi alicui centum legata ſint, & is duplum poſt tempus reſtituere rogatus ſit, placet valere fideicommiſſum etiam ultra ſummam legatam, quatenus intermedio tempore uſuræ perceptæ eam excedunt. *l. imperator.* 70. §. 1. *de legat.* 2. Tale item eſt illud, quod, qui, acceptis centum, rogatus ſit rem propriam, quamvis majoris pretii, reſtituere, is, agnito legato, fideicommiſſo obſtringitur; quoniam agnoſcendo legatum non majoris rem ſuam æſtimaſſe videtur. *d. l. imperator.* 70. §. 1. *in fin.* Item hoc quod traditum eſt, ſi cui fundus legatus ſit, atque is eum fundum reſtituere ſit rogatus, & centum dare, valere fideicommiſſum, ſi legatarius interim centum ex fructibus perceperit. *d. l. filiusfam.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretioſior eſt, reſtitui juſſa, fideicommiſſum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuiſſet *l. plane.* 24. §. 2. *de legat.* 1.

Redimere & præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere) Re aliena per fideicommiſſum relicta, is, qui rogatus eſt, vel redimere eam debet & præſtare, vel ſi dominus eam non vendat, æſtimationem ejus inferre, perinde ac juris eſt in rei alienæ legato: *l. non dubium.* 14. §. 2. *l. qui quatuor.* 30. §. *ult. de legat.* 3. quod latius explicatum *ſup.* §. 4. *de legat.*

Textus.

De libertate.

2. *Libertas quoque ſervo per fideicommiſſum dari poteſt, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommiſſarius: nec intereſt, utrum de ſuo proprio ſervo teſtator roget, an de eo, qui ipſius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei ſit. Itaque & alienus ſervus redimi & manumitti debet. Quod ſi dominus eum non vendat, (ſi modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit,) non ſtatim extinguitur fideicommiſſaria libertas, ſed differtur, quod poſſit tempore procedente, ubicumque occaſio ſervi redimendi fuerit, præſtari libertas. Qui autem ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, non teſtatoris fit libertus, etiamſi teſtatoris ſervus ſit, ſed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex teſtamento liber eſſe jubetur, ipſius teſtatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex teſtamento libertatem habere poteſt, quam qui utroque tempore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſervum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.*

Commentarius.

1. *Liberti Orcini, & nunquid juris in eos familiæ?*
2. *Differentiam libertatis directæ & per fideicommiſſum datæ non tolli* l. 1. comm. de legat.
3. L. 58. de man. teſt. *cum aliis locis conciliata.*

Etiam libertates per fideicommiſſum dari poſſunt & quidem largius, quam directo, cum non tantum propriis ſervis, ſed etiam alienis per fideicommiſſum libertas dari poſſit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas teſtatoris exprimatur, teſte Licinio in *l. libertates.* 16. *de fideicomm. libert.* Quod ait, non tantum propriis, ſed etiam alienis, ex eo intelligitur, directo ſervis alienis libertatem dari non poſſe, quod etiam expreſſe reſcriptum eſt in *l.* 9. *C. de teſtam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in caſu libertatis ſervo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei poſſe fideicommiſſariam. *arg. l. generaliter.* 24. §. *ſi quis.* 10. *l. de fideicomm. libert. l.* 10. §. *ult. de teſtam. tut.* Sed obſtant memorati textus, & maxime *l.* 9. *C. de teſtam. manum.* quo loco reſcribitur, nec hæredis ſervo directo libertatem dari poſſe. Quod ſi directo data ſaltem in vim fideicommiſſæ valeret, id utique Imperatores conſulti non diſſimulaſſent, & in *l. ſi ſervus.* 108. §. *ſi ſervus.* 9. *de legat.* 1. tale legatum dicitur eſſe nullius momenti. Vinn. Nec obſcura eſt ratio. Nam ſi hæres directo damnatus eſſet, ſervum alienum manumittere, iſtud legatum fruſtraneum fuiſſet, ſi dominus eum liberum fieri nollet, adeo ut nec æſtimatio legatario præſtari potuiſſet. Non poterat autem res aliena aliter legari, quam ut, domino eam vendere nolente, legatario æſtimatio præſtaretur. §. 4. *Inſt. de legat.* Fideicommiſſorum autem quum eſſet benignior interpretatio, judicaverunt veteres, illis & ſervo alieno libertatem relinqui poſſe, eatenus ut expectetur emendi opportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio, cur in *l.* 30. *ff. de manum. teſtam.* Servo proprio, qui apud hoſtem eſt; ſervitus directo relinqui poteſt, quia quamvis hujuſmodi ſervus in præſens non ſit teſtatoris, tamen vel æſtimatio præſtari poteſt, id eſt λυτρον, vel, ſi id repudietur, ſpes ſupereſt ſervum poſtliminii jure in poteſtatem hæredis rediturum. Hein.

Vel legatarius vel fideicommiſſarius) Qui, ſi teſtatoris ſervus eſt, ab hærede eum rediment & manumittent; ſi modo quod a defuncto iis relictum eſt, agnoverint.

Aut legatarii) Quo caſu legatarius accepto legato cogetur ſervum manumittere, etiamſi fortaſſe minus ſit

ſit in eo, quod accepit, quam in pretio ſervi, *d. l. generaliter.* 24. §. *ſi quis.* 12. *de fideicomm. libert.* quia non pluris ſervum ſuum æſtimaſſe videtur, *l. ſed ſi.* 36. *ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei) *l.* 6. *C. de fideicomm. libert.* Ceterum legatarius alienum ſervum manumittere rogatus, non alias erit cogendus, quam ſi tanti poſſit redimere, quanti eſt id, quod ex judicio defuncti conſecutus eſt, *d. l. generaliter.* §. *ſi quis.*

Non ſtatim extinguitur libertas) Si dominus ſervum ſuum, cui libertas per fideicommiſſum relicta eſt, vendere nolit, non ideo protinus fideicommiſſum extinguitur: ſed expectanda eſt emendi opportunitas, *d. l.* 6. *C. de fideicomm. libert.* equidem exiſtimatio hic præſtari non poteſt, ut in caſu §. *præc. in fin.*

Ejus, qui manumittit) Cui per fideicommiſſum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, a quo manumiſſus eſt, *l.* 7. *C. de fideicomm. libert.* Ceterum hic manumiſſor jus patronatus in eo tantum acquirit, ut contra tabulas & ab inteſtato ad bona ejus venire poſſit: at non ut etiam operas ei poſſit imponere, aut impoſitas ab eo petere, *l. qui ex cauſa.* 29. *de bon. libert.*

Ipſius teſtatoris) Directa libertas ipſo jure ſtatim ab adita hæreditate competit, *l.* 10. *C. de teſtam. man. l. teſtamento* 23. *&* *l.* 25. *D. de man. teſt. l. qua-*
2 *ro.* 32. §. *ult. de teſtam. tut.* Itaque is, qui directo teſtamento liber eſſe jubetur, teſtatoris libertus fit, ut hic ait Juſtinianus: quam ob cauſam libertus *Orcinus* appellatur quaſi *Orci libertus*, ante ejus, *qui ad Orcum demiſſus eſt: Acheronticus* a Cujacio, Χαρωνιανος, a Theophilo vocatur, eadem forma, qua *Orcini ſenatores*, quorum in *Auguſto c.* 35. meminit Suetonius, a Plutarcho in *M. Antonio* Χαρωνιται dicuntur. Orcinorum crebra in libris noſtris mentio eſt, *l.* 3. §. 3. *de legit. tut. l.* 8. *de hær. inſt. l. dominus.* 22. *de pecul. leg. l.* 1. *alias.* 2. §. *per contrarium.* 10. *de dot. præl. l.* 2. *de ſtatu-lib. l.* 4. §. *hi qui.* 12. *d. fideic. lib. l.* 10. *C. teſtam. man. l.* 8. *C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis conſequuntur. *l. cum quaſi.* 30. §. *quærendum.* 12. *l. ſi is.* 49. *de fideicomm. libert. l.* 5. *qui ſine man.* Igitur Orcini; cum eum patronum habeant, qui eſſe deſiit, non male dicuntur liberti nullius eſſe. *l.* 4. *in pr de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam teſtatoris pertinere, *l.* 3. §. 3. *de legit. tut.* libertos familiæ fieri, *l. ſi ſocius.* 48. *d. manum. teſtam.* liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere. *l. un.* §. *ſed etſi.* 7. *C. de Latin. lib. toll.* Qua de cauſa ſuſpicari licet quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto,
3 habuiſſe. Porro hæc differentia etiam poſt conſtitutionem Juſtiniani, qua directo & per fideicommiſſum data exæquata ſunt, *l.* 2. *C. comm. de legat.* retinenda eſt: quippe quam voluntas teſtatoris facit, & quæ tolli ſine injuria ejus, qui a teſtatore rogatus eſt manumittere, non poteſt; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo conſentiunt omnes interpretes paucis recentiorum exceptis.

Quo faceret teſtamentum & quo moreretur) Hoc item traditur in *l. Servius.* 35. *de manum. teſtam.* Neque obſcuram rationem habet. Nam cum alieno ſervo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex poſtfacto ea datio convaleſcere non poteſt, propter regulam Catonianam: & quamvis ſervo proprio data ſit, ſi tamen is ſervus tempore mortis in aliena poteſtate eſt, vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Mar- 4
cianum *l. verum.* 58. *de manum. teſtam.* legimus, eum, qui liber eſſe juſſus eſt, alienatum a teſtatore, ſi ante aditam ejus hæreditatem rurſus hæreditarius factus ſit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, ſic omnino accipiendum eſt, ſi ſuperſtite teſtatore in poteſtatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore teſtatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Plane, ſi ſervis teſtatoris, qui apud hoſtes ſunt, libertas directo data ſit, placet hos libertatem conſequi, quandocumque ab hoſtibus reverſi ſint, licet neque teſtamenti neque mortis tempore teſtatoris fuerint, *l. ſi ſervi.* 30. *de man. teſt.*

Velut ex ſuo teſtamento) Αμεσως, protinus ex teſtamento: cum teſtator ſervum ſuum ſe mortuo ſimpliciter liberum eſſe jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

T E X T U S.

De verbis fideicommiſſorum.

3. *Verba autem fideicommiſſorum hæc maxime in uſu habentur:* Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde ſingula firma ſunt, atque ſi omnia in unum congeſta eſſent.*

N O T Æ.

3. *Peto, rogo, &c.*) Hæc verba dicuntur precaria, & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis, vid. Ulp. *tit.* 25. Paul. IV. *ſent.* 1. Hodie autem de verbis laborandum non eſt, poſtquam Juſtinian. verbum omne, ſignificans legitimum ſenſum teſtatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum eſſe juſſit, *l.* 2. *C. comm. de leg.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

Recenſentur hic a Juſtiniano verba fideicomiſſorum maxime uſitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertates.* 16. *de fideicomm. libert.* nam increſcente progreſſu temporis favore fideicommiſſorum longe plura recepta ſunt, placuitque fideicommiſſum etiam aliis verbis relictum valere; veluti his, *cupio des, opto des, credo te daturum, exigo, deſidero ut des, volo hæreditatem meam Titii eſſe, ſcio, non dubito te hæreditatem meam reſtituturum Titio. l. etiam.* 115. *l. & eo.* 118. *de legat.* 1. *l. unum.* 67. §. *ult. de legat.* 2. *l. Pamphilo.* 39. *de leg.* 3. Paulus IV. *ſent.* 1. ſcribit, his omnibus verbis fideicommitti poſſe, *Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, deſidero quoque & impero.* Quod

Pau-

Paulus *impero* quoque inter verba fideicommiſſi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp. *tit.* 24. & 25. facit inter legata & fideicommiſſa; legatum definiens, quod imperative relinquitur; fideicommiſſum, quod precative: perinde enim hoc eſt, ac ſi diceret, legatum eſſe, quodcumque verbis imperativis, quæ aliis directa & civilia vocantur, relinquitur, fideicommiſſum, quod verbis precativis ſive precariis. Sed ſciendum eſt, verba imperativa ſæpe vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate teſtatoris æſtimandum eſt. Etenim ſi ſic dicat; *L. Titio hæredi meo impero, ut ſervum meum Stichum manumittat*, procul dubio hic per fideicommiſſum libertas data intelligitur. Idemque eſt, ſi dixerit, *Jubeo*, aut *hæres damnas eſto manumittere*. Similiter ſi imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam reſtituat, valebit hoc jure fideicommiſſi, tanquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quam ſi dicat, *jubeo?* quod etſi directum eſt, Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. *l.* 2. *C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere conſtat, quoties quid reſtitui jubetur, *l. Lucius.* 88. §. *quiſquis.* 10. *de leg.* 2. *l. Aurelius.* 28. §. *ult. de lib. leg.* aut minus etiam, quam *volo*: quod cum imperativum ſit, tamen in fideicommiſſis eſt uſitatiſſimum. Quod ſi ita dixerit; *Impero tibi hæres, ut L. Titio centum des*; hoc jam non fideicommiſſum erit, ſed legatum. Nihil enim intereſt, *impero* quis dicat, an *hæredem meum dare jubeo*, aut *hæres damnas eſto dare*. Ulpian. *d. tit.* 24. §. 3. Verba *relinquo* & *commendo* negat Paulus *d. loc.* ullam fideicommiſſi actionem parere. De Verbo *commendo* conſtat, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 12. *C. de fideicomm. libert.* At ex verbo *relinquo* videtur fuiſſe petitio fideicommiſſi. *l. Lucius.* 78. §. *filiam.* 8. *ad Sen. Trebell.* Sed de eo nunc laborandum non eſt, poſtquam Juſtinianus omne verbum, ſignificans teſtatoris legitimum ſenſum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum eſſe juſſit, *l.* 2. *comm. de leg.* Sæpe etiam, quod notandum eſt, ex conjectura voluntatis fideicommiſſum inducitur, cum verba fideicommiſſi non ſunt, aut ſunt fideicommiſſi inutilis, ſi ſola ſpectatur, exempl. in *l. ex facto.* 17. *in princ. l. ſi quis.* 29. *ad Trebell. l. cum proponebatur.* 64 *l. peto.* 69. *in princ. de legat.* 2. *l.* 11. §. *ſi quis ita.* 4. *l. ult.* §. 3. *de legat.* 3. Conſulantur Matheac. *epit. legat. lib.* I. *c.* 3 Chiflet. *lib.* II. *de jur. fideicomm.* 18. & 20. Mantic. *lib.* VII. & VIII. *de conj. ultim. vol.* D. Tulden. *comm. in tit. prac. cap.* 3.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. *Tit.* 7. *C. Lib.* 6. *Tit.* 36.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti? eorum definitio, & diviſio. Summa tituli.

VIderi alicui poterit diſputatio de codicillis non recte ſubjecta tractationi de ſucceſſioni ex teſtamento; quippe cum ſi codicilli tantum facti ſint, ſuccedatur ab inteſtato. Verum Juſtiniano, ut apparet, propoſitum hic maxime fuit agere de codicillis a teſtato factis, qui pars ſunt teſtamenti, ejuſque jus ſequuntur. Sed & codicilli ab inteſtato facti ſpeciem quandam teſtamenti exhibent. *l. ab inteſtato.* 16. *hoc tit.* Codicilli dicti ſunt parvi codices, ideſt, tabellæ ex codicibus aut ligno. Itaque quemadmodum teſtamentum codex appellatur, Juvenal. *Satyr.* 10. *Codice ſævo Hæredes vetat eſſe ſuos*, quia teſtamentum in codicibus tantum ſcribebatur, ſive tabulis grandioribus: ita voluntas ſuprema, minus ſolemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus: *l. ſi ita.* 38. *de cond. & dem. hoc tit. l.* 14. *C. de teſtam.* propterea quod ſcribi ſolita erat in codicillis, ideſt, tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quo cuique commodum eſſet, circumferri atque in ſinu geſtari poſſent. Eſt igitur codicillus ὑποκοριστικὸν, a codice: quanquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur. *l.* 13. *C. de ſacroſanct. Eccl. l. ult. C. de bon. libert. l. ult.* §. *ult. C. de eod.* quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, licet tabulæ nullæ ſint. *l.* 2. *C. de bon. poſſ. ſec. tab.* Codicilli igitur ſunt ſupremæ voluntatis teſtatio minus ſolemnis: eorumque, ut & teſtamenti, duo ſunt genera; ſcripti, in quibus voluntas ſcribitur; & non ſcripti, in quibus nuncupatur. Primum hic commemorat Juſtinianus, a quibus & quam ob cauſam uſus codicillorum introductus comprobatuſque ſit: deinde modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui poſſint, oſtendit. VINN. Non opus eſt ambagibus circa vocis *Codicillus* originem. Codicilli veteribus ſunt Epiſtolæ, vel ſcripturæ ad alios miſſæ. Vid. Cic. *ad Fam.* IV. 12. VI. 18. *ad Attic. lib.* XII. *Ep.* 8. *ad Quint. Fratr. lib.* II. *Epiſt.* 10. In primis ita vocatæ litteræ ad præſentes miſſæ. Sen. *Epiſt.* 55. Quia ergo codicilli plerumque perſcribebantur in forma epiſtolæ. *l.* 56. *ff. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *l.* 32. §. 3. *ff. de legat.* 3. *l.* 30. §. 1. *ff. de adim. vel. transf. leg.* Briſſon. *de Formul. lib.* VIII. *p.* 686. hinc & nomen retinuerunt. HEIN.

TEXTUS.

Origo.

Ante Auguſti tempora conſtat, codicillorum jus in uſu non fuiſſe: ſed primus Lucius Len-

Lentulus, ex cujus perſona etiam fideicommiſſa eſſe cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa: ſcripſit codicillos teſtamento confirmatos, quibus ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, ut faceret aliquid. Et cum D. Auguſtus voluntatem ejus impleſſet; deinceps reliqui ejus auctoritatem ſequuti, fideicommiſſa præſtabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, ſolvit. Dicitur autem Auguſtus convocaſſe ſapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxime erat, & quæſiſſe, an poſſet recipi hoc, nec abſonans a juris ratione codicillorum uſus eſſet: & Trebatium ſuaſiſſe Auguſto, quod diceret, utiliſſimum & neceſſarium hoc civibus eſſe, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuiſſent: ubi, ſi quis teſtamentum facere non poſſet, tamen codicillos poſſet. Poſt quæ tempora, cum & Labeo codicillos feciſſet, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

Notæ.

Codicillorum jus) Codicilli ſunt ſupremæ voluntatis teſtatio minus ſolemnis, non in hoc comparata, ut teſtamentum ſit. *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *hoc tit.* Et poſſunt quoque confici ab inteſtato, §. *ſeq.* Imperfecta igitur eſt definitio Græcorum Theoph. *hic.* Harm. *lib.* v. *tit.* 7. §. 3. in Baſil. *lib.* 36. *tit.* 1. *ελλιπως εν διαθηκη, γνωμης αναπληρωσις*, aut *διορθωσις της διαθηκης*, *teſtamenti ſuppletio aut correctio*.

Jure optimo admitterentur) Eorumque recepta duo genera, ſcripti, in quibus voluntas ſcribitur, & non ſcripti, in quibus nuncupatur, *l.*13. *C. de SS. Eccleſ. l. ult.* §. *ult. C. hoc tit.* quanquam obſtat nominis ratio, vid. Hotomann. & noſtra in *comm.*

Commentarius.

Lentulus, ex cujus perſona etiam fideic.) Quod ait, a perſona Lentuli & fideicommiſſorum & codicillorum uſum cœpiſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiſerit, aut primus fecerit codicillos: ſed quod ille primus occaſionem præbuit, ut fideicommiſſa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata eſſe cœperint, iiſque hæredes obligari: tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, recepti ſint, & fideicommiſſa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit, non conſtat, & parum refert. Vinn. Immo conſtat, intelligi hic L. Lentulum, quem cum M. Valerio Meſſalla conſulem fuiſſe anno U. C. ɔcccxɪ. ex marmore apud Reineſium *Inſcript. Claſſ.* x. 3. *p.* 597. diſcimus. Ei Pighius falſo tribuit Coſſi prænomen, quod ex marmoris iſtius fragmento Reineſius reſtituit. Hein.

Teſtamento confirmatos) Teſtamento ſcilicet, quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo ſcripſiſſet; ſe ab hæredibus ſuis petere, ut ſi quid poſtea codicillis relicturus eſſet, id bona fide præſtarent. Exemplum teſtamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. libert.*

Quibus ab Auguſto petiit) Indicio hoc eſt, Auguſtum teſtamento Lentuli hæredem inſtitutum fuiſſe, ſaltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem ſcriberent.

Deinceps reliqui) An reliqui teſtamento Lentuli Auguſto cohæredes dati, ut vult Weſembec. Theophilum ſecutus? An potius alii aliorum codicillis rogati, ut fere amant ſubditi exemplum Principis ſequi? quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat) Non quia relicta incapacibus *τοις μη δυναμενοις λαμβανειν*, ſed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non eſt igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Weſembecius; ſed quod nihil eorum, quæ codicillis, licet teſtamento confirmatis, ſcripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hic poſitum pro *fideicommiſſa*. Plane poſtea receptum fuit, ut etiam legata codicillis teſtamento confirmatis dare liceret. *l.* 2. §. 2. *hoc tit. l.* 8. §. *ultim. eod.* Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem a patre ſcriptam fuiſſe; cum tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia: quod argumento eſt, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuiſſe, atque ex ea parte etiam directo hæredes inſtitui: qua de re ſcripſimus fuſius ſupra ad §. 1. *de fideicomm. hær.* Nulla igitur cauſa eſt, cur cum Hotomanno pro *filia* reſtituamus *filiæ*.

Convocaſſe ſapientes viros) Auguſtus, ut erat Princeps prudentiſſimus, non temere aut inconſulto irrepentem in rempub. novum codicillorum uſum confirmandum ſibi putavit: ſed prius explorare voluit judicium & ſententiam virorum ſapientum: cenſerentne illi, poſſe hunc uſum recipi ſalva ratione juris conſtituti; tum an in eo tam evidens & juſta civium utilitas verſaretur, ut auctores ſibi eſſent ejus moris comprobandi; exemplo ſuo docens, nihil novi juris ſine conſilio prudentum ac manifeſta civium utilitate conſtituendum eſſe, juxta illud quod præclare ab Ulpiano dictum eſt, *in rebus novis conſtituendis evidens eſſe utilitas debet. l.* 2. *de conſt. princ.*

Ubi ſi quis teſtamentum facere non poſſet) Propter civium Romanorum, qui ad teſtimonium neceſſarii erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti Juriſconſultus in *l.* 8. §. 2. *hoc tit.* nam teſtamenti factio loco alligata non eſt, DD. comm. *in l.* 1. *C. de SS. Eccleſ.* Ceterum & illud palam eſt, eum qui teſtamentum facere non poteſt, nec codicillos poſſe. *l. divi.* 6. §. 3. *d. l.* 8. §. 2. *hoc tit.*

Cum & Labeo) Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & a Trebatio inſtitutus eſt, auctore Pomponio in *l.* 2. §. *poſt hunc.* 47. *de orig. jur.* Vinn. Conferendi hic omnino Tacit. *lib.* III. *Annal. cap.* 75. & Gell. *lib.* XIII. *cap.* 12. Nos quoque de diverſo Antiſtii Labeonis & Ateii Capitonis ingenio & prudenti

Au-

Auguſti conſilio Labeonem ſibi conciliandi nonnulla monuimus in *Antiq. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 39. & 68. HEIN.

TEXTUS.

Efficiens.

1. *Non tantum autem teſtamento facto poteſt quis codicillos facere, ſed & inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt. Sed cum ante teſtamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali voluntate poſtea confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ex iis codicillis, qui teſtamentum præcedunt, poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat, eum, qui teſtamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe.*

NOTÆ.

1. *Sed & inteſtatus*) Codicilli ab inteſtato facti vicem teſtamenti exhibent, ſuiſque ipſi viribus nituntur. Proinde quicunque inteſtati ſucceſſor erit, etiam poſtea natus, codicillis relicta præſtabit, *l.* 3. *l.* 8. *pr.* & §. 1. *l.* 16. *eod.* niſi voluntas in hoc parata ſit, ut teſtamentum eſſet, *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *eod. l.* 14. *C. de teſtam.* non adjecta ſcilicet clauſula codicillari. *l. propen. qui teſtam. fac. l.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l. ultim.* §. 1. *C. hoc tit.* Teſtamento autem facto codicilli vires ex teſtamento capiunt, & jus ejus ſequuntur. *l.* 3. §. *ult. d. l.* 16. *eod. l.* 1. *C. eod.*

Papinianus ait) *l.* 5. *eod.* & hæc Papiniani ſententia receptiſſima erat Plinii temporibus, ut conſtat ex *lib.* 2. *epiſt.* 16.

COMMENTARIUS.

1. *Voluntatem in hoc paratam, ut teſtamentum ſit, ne jure quidem codicillorum valere, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris.*
2. *Teſtamento facto codicillos quoſcunque & quocunque tempore factos jus teſtamenti ſequi.*
3. *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: ceterum hodie ſublata.*
4. *Quatenus ex his, quæ teſtamento cauta, mutare quid liceat.*
5. *Sententia extremorum verborum hujus* §.

Codicilli & ab inteſtato confici poſſunt & facto teſtamento. Ab inteſtato facti ſuis ipſi viribus nituntur, & vicem teſtamenti exhibent. Proinde quicumque inteſtati ſucceſſor erit ſive legitimus ſive honorarius, etiam poſtea natus, codicillis relicta præ-
1 ſtabit, *l.* 3. *l.* 8. *in pr.* & §. 1. *l. ab inteſtato.* 16. *hoc tit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc inſtituto ſit, ut teſtamentum eſſet: quod eo pertinet, ut ſciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, ſi defunctus codicillos facere inſtituiſſet, non valere jure codicillorum, ut voluntatem inteſtati, ſi in hoc parata ſit, ut teſtamentum eſſet. Neque enim ad validitatem actus civilis ſufficit forma, ſi agentis deeſt intentio, ut bene D. Tulden. *hic. c.* 2. Itaque ſi quis verbi cauſa codicillis ſcripſerit hanc voluntatem ſuam eſſe teſtamentum, aut caverit, quæ ſunt teſtamenti propria, nihil a legitimo peti poterit, *l.* 1. *l. illud.* 13. §. 1. *hoc tit. l. propen. qui teſt. fac. l. non codicillum.* 14. *C. de teſtam.* niſi adjecerit, velle ſe eam voluntatem, ſi jure teſtamenti non poſſit, valere ſaltem vice codicillorum; quæ cautio vulgo clauſula codicillaris dicitur: aut valere quacumque ratione poterit, ſive, ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l. propen. qui teſt. fac. l. cohæredi.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 3. *in fin. de teſt. mil. l. Titia.* 13. *de inoff. teſt. l. Lucius.* 88. §. *ult. de legat.* 2. *l. ult.* §. 1. *C. hoc tit.* de cujus clauſulæ vi ac poteſtate; & an clauſula codicillaris a teſtatore omiſſa, quibuſdam caſibus ſubintelligi debeat, denique an præſumendum ſit, ex ſtilo & conſuetudine notarii eam clauſulam adſcriptam eſſe, an ex voluntate & ſcientia teſtatoris; vid. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 9. & 19. add. Gail. 11. *obſ.* 114. Chiflet. *lib. ut. de jur. fideic.* Schneid. *hic. cap. de clauſ. codicill.* & eruditiſſimum Joan. Decherum. *lib.* 1. *diſſert.* 8. *num.* 27. & *ſeqq.* Chriſtin. *vol.* IV. *deciſ.* 32. Anton. Fab. *Cod. ſuo. hoc tit. fere per tot.* Teſtamento autem conditio codicilli quocunque 2
tempore facti fuerint, ad teſtamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamſi in eo confirmati non ſint, *l.* 3. §. *ult. d. l. ab inteſtato.* 16. *hoc tit.* denique infirmato teſtamento & codicilli concidunt. *l.* 1. *C. eod. d. l.* 3. §. *ult.* Illud intereſt inter codicillos teſtamento 3
nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directo datæ; *l. libertates.* 43. *de man. teſtam.* perindeque omnia habeantur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, excepta cauſa hæreditatis, *l.* 2. §. 2. *hoc tit.* quo loco palam eſt Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta ſunt ſive verbis directis ſive precariis, debentur jure fideicommiſſi, *argum. d. l.* 2. §. *ult. l. illud.* 13. §. 1. *hoc tit. l. Scævola.* 76. *ad ſenat. Trebell.* Illud enim dicere nolim, ea ſola, quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta ſunt, valere; neque cum Ant. Fabro 15. *conj.* 15. potentius eſſe jus codicillorum, qui ante teſtamentum facti ſunt, quam eorum, qui poſtea ſcripti, quaſi in illis poſt reſcriptum Imperatorum Severi & Antonini etiam quæ directo relicta ſunt, jure fideicommiſſi valeant, in his nihil niſi precariis verbis utiliter relinquantur. Quod perquam mihi abſurdum videtur. Sed non eſt, quod de his amplius laboremus: cum enim confuſa nunc ſit legatorum & fideicommiſſorum natura, *l.* 2. *C. comm. de legat.* dubitandum non eſt, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante teſtamentum) Meminit tantum codicillorum factorum ante teſtamentum, quoniam quin codicilli poſt teſtamentum conditum ſcripti etiam ſine confirmatione valerent, non videtur fuiſſe dubitatum; cum quod quiſque poſtremum cavet, id ratum eſſe velle ſatis conſtet. Fuit quidem uſitatum, ut etiam futuri codicilli teſtamento confirmarentur, ut apparet ex *l. quadam.* 7. & *l. ſeq.* §. *ult. l. Plautiana.* 18. *de fideic. libell. l.* 6. *l. ult. C. eod.* ſed id fieri ſolitum majoris ſecuritatis gre-

gratia: nam ad validitatem codicillorum ſpecialem hanc confirmationem non fuiſſe neceſſariam, patet ex *l.*3.§.*ultim.hoc tit.* niſi ad hoc, ut legata & libertates datæ directo valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis poſterioribus ex his, quæ teſtamento cauta ſunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non poſſe, tralatitium eſt. Quam ob cauſam nec conditio hæredi inſtituto codicillis adjici poteſt, §.*ſeq.* At poteſt hæres teſtamento ſcriptus codicillis rogari, ut hæreditatem reſtituat, *l.*2.*C.hoc tit.* Poſſunt & fideicommiſſa teſtamento relicta codicillis adimi: quinimo & legata, utique hactenus, ut legatarius ex teſtamento agens repelli poſſit exceptione doli mali, arg. *l.*4.§.*præterea.*10.*de dol.mal.except.*

Quam ſi ſpeciali poſtea voluntate) Papinianus exiſtimabat codicillos ante tabulas teſtamenti factos non aliter valere, quam ſi teſtamento, quod poſtea factum eſt, vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntas quocunque judicio retinerentur, *l.*5.*hoc tit.* motus, ut credibile eſt, hac ratione, quod qui poſt codicillos a ſe factos teſtamentum facit, mutet cauſam ſucceſſionis, tranſiens a cauſa inteſtati ad cauſam teſtati. Quo facto videtur codicillos iſtos revocare una cum voluntate habendi hæredem ab inteſtato.

Divi Severus & Antoninus contra) Contra ſententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expreſſa ſaltem novo aliquo judicio retenta probaretur Imperatores ergo ne illud quidem in propoſito exigunt, ſed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non oſtenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cum ex ſententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret; atque ut nunc præſumptio ſit pro codicillis, cum antea contra eſſet.

Si appareat eum, &c. non receſſiſſe) Hoc omnino ſic accipiendum eſt cum clariſſimo D. Tuldeno, *cap.ult. hic.* Ac ſi ſcriptum eſſet, *niſi appareat, eum, qui teſtamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expreſſerat, receſſiſſe.* Satis enim apparet non receſſiſſe ex eo ipſo, quod non apparet receſſiſſe. Alioqui dici non poteſt, quid novi circa jus codicillorum reſcripto Severi & Antonini introductum ſit, cum ipſi Papiniano ſuffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocunque judicio retentam probari, ut bene diſputat Anton. Fab.XV.*conject.*15. Similis loquendi formula in eodem ſenſu etiam apud veteres occurrit, ut in *l.dotem.*30. *de jur.dot.l.generaliter.*24.§.*ſed etſi.*8.*de fideic.libert.* *l.*8. §.2. *de novat.* neque enim ſemper æque accurate auctores juris loquuntur. Eſtque hæc communis uſuque recepta ſententia, codicillos, niſi teſtamento poſtea facto revocati probentur, tacite confirmatos intelligi Gloſſ. & Bart. *in l.*5. *hoc tit.* Mantic. *lib.*1. *de conject.ult.vol.tit.*8. Mynſ. Schneid. Weſemb. *hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui ſcribit, hoc jure nos uti, ut niſi retenta voluntas probetur, codicilli per teſtamentum revocati videantur.

Textus.

Materia.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi poteſt: ne confundatur jus teſtamentorum & codicillorum: & ideo nec exhæredatio ſcribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi poteſt: nam per fideicommiſſum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi inſtituto codicillis adjicere, neque ſubſtituere directo quis poteſt.*

Notæ.

2. *Hæreditas neque dari*) *l.*10.*eod.l.*2. *C.eod.l.*67.*ad SC.Treb.* neque confirmari, *l.* 2. §. *ult. h. t. l. pen.* §. 1. *C.de nec.ſerv.hær.* quamvis cetera codicillis teſtamento confirmatis etiam directo dari poſſint, *l.* 3. *de teſt. tut.* *l.* 43. *de man. teſt. l.* 2. §. 2, *h. t.* Non obſtant *l.*77. *de hær. inſt. l.* 10. *de cond.inſtit.* Nam illic non proponuntur ſpecies hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, ſed datæ teſtamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi) Quæ teſtamento data aut lege debita. *l.*4. *C.de his quæ ut indign.* Hoc autem ſuperiori conſequens eſt ex doctrina contrariorum, *l. pen.* §.1. *de cond. inſt. l.* 2. *C. h. t.* & ideo liberi codicillis fruſtra exhæredantur hoc text. fac. *l.*14. *C. de teſtam.*

Ne confundatur jus teſtam.) *l.*7. *C. eod.* aliam rationem affert Papinianus *l.*10. *eod.*

Per fideicommiſſum) Seu verbis precariis, *l.*1.*C.h.t.* quo caſu hæres ſcriptus aut legitimus quartam partem ſibi retinere poteſt ex SC. *ſup. de fideic. hæred.*

Nec conditionem adjicere) Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat; qui detrahit, de pure danda, quæ prius in defectum conditionis data non erat, *l.* 6. *h. t. l.pen.* §. *ult. de cond.inſtit.*

Commentarius.

1. *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non poſſe nec ſi teſtamento confirmati ſint: & quæ hujus juris ratio?*
2. *Regulam hanc intelligi de hæreditate directo danda, non per fideicommiſſum. Et quid inter hæc interſit?*
3. *Conſequens eſſe ſuperiori regulæ, inſtituto hæredi codicillis neque conditionem recte adjici, neque detrahi, neque directo ſubſtitui.*

Ut cetera omnia codicillis vel ab inteſtato factis, vel a teſtato, licet teſtamento non confirmatis, relinqui poſſint, maxime novo jure poſt exæquationem legatorum & fideicommiſſorum: hæreditas tamen codicillis dari non poteſt, nec ſi teſtamento confirmati ſint, *l.quod per manus.* 10. *hoc tit.l.*2.*C.eod. l.Scævola.*76.*ad Senatuſc.Trebell.* & militis in hoc privilegium agnoſcimus, quod codicillis hæredem facere poſſit, *l. militis.*36. *de teſtam. mil.* Datur enim hæreditas per inſtitutionem hæredis aut ſubſtitutionem directam, quod ſolius teſtamenti proprium eſt, neque in ullum alium actum ſive inter vivos ſive ultimæ voluntatis aut donationis mortis cauſa conferri poteſt, *l.*17.*C.hoc tit.l.licet.*19.*C. de pact.l.cum donationis.*34.*C. de tranſact.l.*5.*C.de pact.conſt.tam ſupr.dot.l.*4.*C. de inut. ſtip.* Non obſtant ſpecies propoſitæ in *l. aſſe.* 77. *de hær.*

hær.inſt.l.10.de cond.inſt. illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis, ſed data teſtamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem poſito, hæreditatem codicillis dari non poſſe, conſequens eſt ex doctrina contrariorum, nec codicillis poſſe adimi, ſcilicet his, qui vel in teſtamento ſcripti ſunt, vel ex lege ſunt hæredes, *l.pen. §.1. de cond.inſt.l.2. C.hoc tit.l.4. C. de his quib.ut indign.* & ideo liberi codicillis fruſtra exhæredantur, *fac. l.non codicillum.14.C.teſtam.*

Ne confundatur jus teſtamentorum) Et ne alioqui, quod abſurdum & præpoſterum eſt, per codicillos, qui ex teſtamento vim ſumunt, ipſum teſtamentum, quod vires per inſtitutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus diſputat in *d.l.quod per manus.10.h.t.* Nimirum ſi hæreditas codicillis vel dari vel adimi poſſet, ſequeretur, & confirmari teſtamentum & revocari per codicillos poſſe: denique idem poſſe, idem eſſe codicillos, quod teſtamentum. Cur ergo hæc diſtinguerentur? Cur diverſum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac poteſtas una ſociaſſet? collectio eſt Conſtantini in *l.7.C.hoc tit.*

Directo autem hæreditas,&c.nam per fideicommiſſum)
2 Quod toties traditum eſt, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi poſſe,* ſic accipitur, ut directo non poſſit dari, puta hærede codicillis inſtituto aut ſubſtituto, *d.l.7.C.hoc tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut teſtamento data eſt, aut lege debita, *l.4.C.de his quib.ut indign.* Ceterum per fideicommiſſum ſeu verbis precariis etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, *l.2. C.hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas reſtitui rogatur; adimi ei, qui rogatur reſtituere. Nam licet is ipſo jure adhuc hæres maneat; manet tamen nomine tantum, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas reſtituitur. Multum vero intereſt, utrum dicamus codicillis directo hæreditatem relinqui poſſe, an per fideicommiſſum duntaxat: nam directo relicta ſemper tota capitur ab inſtituto: relicta per fideicommiſſum non capitur a fideicommiſſario, niſi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, ſi is, qui rogatus eſt reſtituere, jure ſuo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet. Porro cum confirmatio quoque in ſpeciem directæ dationis cadat, negat Juriſconſultus in *l.2.§.ult.hoc tit.* hæreditatem teſtamento inutiliter datam poſſe codicillis quaſi hæreditatem confirmari: ſed tantum ex fideicommiſſo peti ſalva ratione legis Falcidiæ. Unde Juſtinianus ſecundum veteres leges ſic definit, hæreditatem codicillis neque dari neque confirmari poſſe, *l.pen.§.1. C.de nec.ſerv.hær.inſt.*

Nec conditionem adjicere) Hæredi pure inſtituto conditio codicillis adjici non poteſt, *l.Divi.6.in pr. hoc tit.* quia ſcilicet conditione adjecta teſtator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitaſſe intelligitur, *l.quidam 27. §. ult. de cond. inſt.*
3 Quod ſi codicillis adjicere conditionem inſtitutioni non licet, multo minus licebit detrahere, cum hoc caſu pure hæreditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque ſubſtituere directo) Nam qui directo ſubſtituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem inſtituit. Eſt enim ſpecies inſtitutionis ſubſtitutio, *l.1.de vulg. & pup.* Plane interdum directis verbis facta in codicillis ſubſtitutio ad fideicommiſſum trahitur benigna interpretatione, *l. Scævola.76. ad Trebell.* In univerſum autem ſi conſtet, aliquem, qui teſtamentum non habebat, codicillos, non teſtamentum facere voluiſſe, in ea ſcriptura directa inſtitutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clauſula codicillaris adjecta non ſit, in vim fideicommiſſi valere placet, perindeque haberi, ac ſi legitimus hæres rogatus eſſet ſcripto in codicillis hæreditatem reſtituere, *l.13.§.1. hoc* tit. & ibi Bart. Bald. & alii, & in *l.7.de vulg.& pupill.* eoque jure utimur.

TEXTUS.

Numerus, & ſolemnitas.

4. *Codicillos autem etiam plures quis facere poteſt: & nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur cum plura teſtamenta unius hominis eſſe non poſſint, plures poſſint eſſe codicilli?*
2. *Codicillos non eſſe omnino ſine aliqua ſolemnitate ordinationis: quod tamen non pertineat ad confirmatos teſtamento.*
3. *Utrum mulier in codicillis recte teſtis adhibeatur*

NOtantur hic & aliæ differentiæ inter teſtamentum & codicillos. Plura teſtamenta unius hominis eſſe non poſſunt, quamvis pluribus codicibus ſeu exemplis unum idemque teſtamentum fieri
poſſit, *§. pen. ſup. de teſtam. ord.* Nam cum unum- 1
quodque teſtamentum univerſam ſucceſſionem contineat, ſi noviſſimam teſtatoris voluntatem ſervari placet, prius ſemper per poſterius rumpatur neceſſe eſt, *§.2.ſup.quib. mod. teſtam. inf.* Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere poteſt, ſed etiam diverſos & diverſarum rerum, *l.6.§.1. hoc tit.* nec quicquam per poſteriores de prioribus detrahitur, niſi ſint contrarii, *l.3. C. eod.*

Nullam ſolemnitatem ordinationis) Exiſtimo, hoc e veteris alicujus Juriſconſulti commentariis ſumptum, qui ante Theodoſium vixit, & forte ex Marciano *d.l.6.§.1.hoc tit.* Nam Theodoſius quinque teſtes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc eſt, uno actionis contextu, coram iis negotium abſolvatur, etſi in ſcriptis fiant, etiam teſtium ſub-
ſcriptionem deſiderat, *l.ult.§.ult.C.hoc tit.* Quæ ſane de- 2
clarant, codicillos nunc non omnino eſſe ſine ſolemnibus & ſubtilitate ordinationis, *fac.l.ult.C.de fideicomm.§.ult.ſup.de fideicom.hær.* & jejuna illa quorundam diſtinctio eſt inter ſolemnitatem ordinationis & probationis. Nam ſolemnitas omnis etiam in teſtamento non alia de cauſa requiritur, quam ut certo de voluntate defuncti conſtare poſſit. Enimvero in codicillis teſtamento confirmatis non puto neceſſe eſſe ea adhiberi, quæ a Theodoſio præcipiuntur. Quippe quod his codicillis relictum eſt, perinde habetur, ac ſi ipſo teſtamento relictum eſſet, *l.2. §. 2. hoc tit.* ut proinde ad horum relictorum vim ſolemni-

tas

ras teſtamenti ſufficere debeat, *argum. l. aſſe.* 77. *de hær. inſt. l.* 10. *de cond. inſtit.* atque etiam ſecundum ipſam
3 conſtitutionem Theodoſii. Quæſitum eſt, an etiam
mulier in codicillis teſtis adhiberi poſſit? vulgo placet
poſſe, propterea quod non uti in teſtamento, ita in
codicillis expreſſe prohibita eſt teſtimonium dicere.
Gloſſ. & DD. comm. in *d. l. ult. §. ult. C. hoc tit.* Graſſ. §.
teſtamentum. quæſt. 57. *num.* 4. Mynſ. Schneid. *hic.* Ceterum mihi non ſit veriſimile; ullos actus ſolemnes
adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuiſſe: & Theodoſius non qualitate & ſexu, ſed numero tantum, teſtes codicillarios a teſtamentariis diſtinguit. Reviſe ad ea, quæ ſcripſi ad §. *teſtes.* 6. *ſup. de teſtam. ord.* Apud nos codicilli, item ut teſtamenta paſſim confici ſolent coram duobus teſtibus & tabulario; Juſque & nomen teſtamentorum ac codicillorum fere confuſum. D. Coren. *obſ. rer. jud.* 31. *ſect. pen.* Grot. II. *introduct.* 22. Grœnew. *de legib. abrog. hic.* Vinn. Defendit Vinnii ſententiam ſatis operoſe V. C. Reinold. *in Var. cap.* 5. Sed res clara videtur. In teſtamentis condendis teſtibus opus erat talibus, quibus cum olim fuerat teſtamenti factio in comitiis calatis, quia is actus jure vetuſtiſſimo lex erat populi ſuffragiis perlata, jure novo ſolemnis mancipatio hæreditatis. Omnia ergo hic ſolemnia. At codicilli erant epiſtolæ, ut ſupra oſtendimus. Quis epiſtolis teſtes adhibet? quis in iis ſolemnitatem requirit? Valebat hujuſmodi epiſtola, etiam non obſignata, dum de ejus fide conſtaret. *L.* 89. *pr. ff. de legat.* 2. quia enixæ voluntatis preces ad omnem ſucceſſionem ſpeciem porrectæ videbantur. *l.* 77. §. 23. *ff. eod.* Teſtes ergo adhibebantur ab iis, qui nuncupative fideicommittebant. Et ita intelligenda *l.* 22. *C. de fideicom.* Poſtea etiam in ſcriptis codicillis inteſtatorum teſtium opus erat præſentia per *l.* 1. *C. Theod. de teſt. & codicill.* non ſolemnitatis cauſſa, *ſed ut teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſerventur.* Ergo non ſolemnitatis cauſa adhibendi, ſe probationis cauſa. Nec aliud voluit Theodoſius, dum in omnibus codicillis teſtes requiſivit. *l. ult. C. hoc tit.* Atqui & fœminarum teſtimonium fidem facit in his, ubi ſolemnitatem deeſt ſcrupuloſa obſervatio. *l.* 20. §. 6. *ff. qui teſt. fac. poſſ. l.* 18. *ff. de teſt.* Quare a teſtamentis ad codicillos collectio non procedit. Hein.

FINIS LIBRI SECUNDI.

3 6105 062 384 875